

Bernulf Claßen

**Die ausschließliche Zuständigkeit der Kartellgerichte
in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gemäß § 87 GWB
und der
Aussetzungszwang nach § 96 Abs. 2 GWB**

1964



Digitized by the Internet Archive
in 2026

**Die ausschließliche Zuständigkeit der Kartellgerichte
in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gemäß § 87 GWB
und der
Aussetzungszwang nach § 96 Abs. 2 GWB**

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines
Doktors der Rechte durch die Rechts- und Staats-
wissenschaftliche Fakultät der Westfälischen
Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

Bernulf Claßen
aus Münster (Westf.)

1965

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Dr. Lukes

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Brox

Dekan: Prof. Dr. Fikentscher

Tag der mündlichen Prüfung: 20. Juni 1964



Inhaltsübersicht

Erster Abschnitt:

Die Gerichtstätigkeit in bürgerlichen Kartellstreitigkeiten nach den §§ 87 - 96 GWB 1

I. Überblick über die Zuständigkeitsregelung der §§ 87 - 96 GWB 1

II. Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung 2

III. Die Stellung der Kartellspruchkörper im System der Zivilgerichtsbarkeit 4

Zweiter Abschnitt:

Problemstellung 9

Dritter Abschnitt:

Der Aussetzungszwang nach § 96 Abs. 2 GWB 12

I. Begriff der "Entscheidung, die nach dem GWB zu treffen ist," 12

II. Die Aussetzung durch das Nicht-Kartellgericht 15

III. Die Antragsbefugnis nach § 96 Abs. 2 S. 2 GWB 17

1.) Antragsrecht 17

2.) Antragszwang 19

IV. Die Entscheidungsverpflichtung des zuständigen Kartellgerichts 21

1.) Anwendung besonderer Verfahrensregeln 21

2.) Gesamtüberprüfung der Aussetzungsentscheidung des Nicht-Kartellgerichts 23

3.) Überprüfung der Aussetzungsentscheidung des Nicht-Kartellgerichts unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten 24

V. Die Bindungswirkung der Entscheidung des Kartellgerichts 25

1.) Bindung nur im Rahmen der Rechtskraft 25

2.) Erweiterte Bindungswirkung 26

VI. Das Verhältnis von § 148 ZPO zu § 96 Abs. 2 GWB 29

VII. Der Aussetzungszwang im Verwaltungsstreitverfahren und im Strafprozeß 30

1.) Der Aussetzungszwang im Verwaltungsstreitverfahren 30

2.) Der Aussetzungszwang im Strafprozeß 34

VIII. Die Auswirkungen des Aussetzungszwanges auf die Rechtsverfolgung	35
1.) Verlängerung der Prozeßdauer	36
2.) Erhöhung des Kostenrisikos	36
3.) Rechtsunsicherheit	37

Vierter Abschnitt:

Begriff der bürgerlichen Kartellstreitigkeit	38
I. Rechtsstreitigkeiten aus Kartellverträgen	39
1.) Begriff des Kartellvertrages	40
a) im materiellen Sinne	40
b) im formellen Sinne	41
2.) Der Kartellvertrag als Grundlage der Rechtsstreitigkeit	42
3.) Zusammenhang zwischen Rechtsstreitigkeit und Kartellvertrag	43
II. Rechtsstreitigkeiten aus Kartellbeschlüssen	45
1.) Begriff des Kartellbeschlusses	45
a) im materiellen Sinne	45
b) im formellen Sinne	46
2.) Der Kartellbeschluß als Grundlage der Rechtsstreitigkeit	46
3.) Zusammenhang zwischen Rechtsstreitigkeit und Kartellbeschluß	47
III. Rechtsstreitigkeiten aus dem Kartellgesetz	47
1.) Problemstellung	47
2.) Lösungsgrundsätze	47
3.) Lösungsversuch der Rechtsprechung und Kritik	48
a) Enge Abgrenzung	48
b) Abgrenzungsmerkmale	49
c) Einschränkung des Aussetzungszwanges	55
aa) Restriktive Auslegung des § 96 Abs. 2 GWB	55
bb) Lösung über § 88 GWB	59
cc) Einschaltung des im Instanzenzug gleichgeordneten Gerichts	60
dd) Verneinung des Aussetzungszwanges bei gleichzeitiger kartellgerichtlicher Funktion des aussetzenden Gerichts	60
ee) Der Aussetzungszwang im Verfahren zwecks Erlaß einer einstweiligen Verfügung	64
d) Zusammenfassung	72
4.) Lösungsversuch der Rechtswissenschaft	72

5.) Eigener Lösungsversuch	74
a) Problemstellung	74
b) Weite Abgrenzung	74
c) Abgrenzungsmerkmale	80
d) Das für die Bestimmung der Zuständigkeit erheb- liche Vorbringen	86
e) Konsequenzen	90

Fünfter Abschnitt:

Der Instanzenzug	93
------------------	----

Sechster Abschnitt:

Verweisungsprobleme	97
I. Verweisung in erster Instanz	97
II. Verweisung in zweiter Instanz	101
III. Verweisung in dritter Instanz	104

Siebter Abschnitt:

Zusammenfassung	104
I. Die Zuständigkeit der Kartellgerichte	104
II. Der Aussetzungszwang nach § 96 Abs. 2 GWB	106

Schrifttumsverzeichnis

- Ballerstedt, Kurt Kartellverbot und Einzelvertrag
JZ 1956 S. 267 - 271
- Baumbach, Adolf und
Wolfgang Hefermehl Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Aufl.
München und Berlin 1960
- dies. Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 9.
Aufl., Bd. I
München und Berlin 1964
- Baumbach, Adolf und
Wolfgang Lauterbach Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungs-
gesetz und anderen Nebengesetzen, 27. Aufl.
München und Berlin 1963
- Baur, Fritz Einige Bemerkungen zum gerichtlichen Ver-
fahren in Kartellsachen
ZZP Bd. 72 S. 3 - 31
- ders. Anmerkung zum Urteil des BGH vom 11. 11.
1959
JZ 1960 S. 92 f.
- Benisch, Werner Die unverbindliche Abstimmung unter dem
Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Betrieb 1957 S. 789 - 792
- Benkard, Georg Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz, Pa-
tentanwaltsgesetz, 3. Aufl.
München und Berlin 1954
- Bettermann, Karl August Mieterschutzgesetz
Tübingen 1950/1957
- ders. Verweisung, Kompetenzkonflikt und Rechts-
kraft
JZ 1957 S. 321 - 324
- Biedenkopf, Kurt Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und
Wirtschaftsverfassung
Heidelberg 1958
- Biedenkopf, Kurt, Ru-
dolf Callmann und Ar-
ved Deringer Aktuelle Grundsatzfragen des Kartellrechts
Heidelberg 1957
- Blomeyer, Karl Gerichtsverfassung und Verfahren in Kar-
tellstreitsachen
MDR 1953 S. 129 - 131
- Blomeyer, Arwed Beiträge zur Lehre vom Streitgegenstand,
Festschrift der Berliner Juristenfakultät
zum 41. Deutschen Juristentag 1955, S. 51
bis 77
Berlin und Frankfurt a.M. 1955

- Bock, Hans Anmerkung zum Urteil des BGH vom 11. 11. 1959
LM Nr. 1 zu § 92 GWB
- ders. Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 15. 6. 1959
LM Nr. 4 zu § 96 GWB
- Borchardt, Knut und
Wolfgang Fikentscher Wettbewerb Wettbewerbsbeschränkung Markt-
beherrschung
Stuttgart 1957
- Bötticher, Eduard Die Zulässigkeit des Rechtswegs und die In-
zidentkontrolle der Verwaltungsakte durch
die ordentlichen Gerichte
DVB1. 1950 S. 321 - 328
- Brox, Hans Die Bindung des Richters an Entscheidun-
gen anderer Gerichte
ZZP Bd. 73 S. 46 - 59
- Brugger, Gustav Zur Auslegung des § 1 GWB
WuW 1959 S. 467 - 485
- Busse, Rudolf Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz,
2. Aufl.
Berlin 1956
- Callmann, Rudolf Das deutsche Kartellrecht
Berlin 1934
- Citron, Curt Zuständigkeit und Verfahren der neuen Ar-
beitsgerichte
DRZ 1946 S. 70 - 74
- Deringer, Arved Anmerkung zu den Urteilen des BGH vom 23.
9. 1955 und 4. 5. 1956
NJW 1956 S. 1714 f.
- ders. Entwurf einer Novelle zum Gesetz gegen
Wettbewerbsbeschränkungen
BB 1964 S. 704 - 707
- Dersch, Hermann und
Volkmar Arbeitsgerichtsgesetz vom 3. September 1953,
6. Aufl.
Berlin und Frankfurt a.M. 1955
- Dietz, Rolf und Ar-
thur Nikisch Arbeitsgerichtsgesetz
München und Berlin 1954
- Dörinkel, Wolfram Die Auswirkungen des neuen Kartellrechts
auf die wirtschaftliche Praxis
WuW 1957 S. 607 - 620
- ders. Besprechung von Lukes, Der Kartellvertrag
WuW 1960 S. 341 - 342

- Droste, Helmut Anmerkung zum Urteil des BGH vom 19. 12. 1958
GRUR 1959 S. 294 f.
- Enneccerus, Ludwig und Hans Carl Nipperdey Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl.
Tübingen 1959
- Eyermann, Erich und Ludwig Fröhler Verwaltungsgerichtsordnung, 3. Aufl.
München und Berlin 1962
- Fikentscher, Wolfgang Horizontale Wettbewerbsbeschränkung und Verträge mit Dritten
BB 1956 S. 793 - 798
- ders. Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz
München und Berlin 1958
- ders. "Sonstige" Verträge im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Festschrift für Alfred Hueck, S. 543 - 564
München und Berlin 1959
- ders. Anmerkung zum Urteil des BGH vom 26. 10. 1959
WuW 1960 S. 343 - 346
- Flume, Werner Verbotene Preisabsprache und Einzelvertrag
WuW 1956 S. 457 - 469
- Franzen, Hans Auslegungsfragen im Recht der Wettbewerbsregeln
WuW 1957 S. 741 - 752
- Franzen, Hans und Hein Boekle Kernfragen im Übergangsrecht der vertikalen Preisbindung
WuW 1958 S. 195 - 208
- Friedlaender, Heinrich Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
JZ 1957 S. 649 - 653
- v. Gamm, Otto-Friedrich Die Durchsetzung der Preisbindung im Verletzungsprozeß
NJW 1959 S. 964 - 968
- ders. Anmerkung zum Urteil des OLG Hamm vom 30. 6. 1959
NJW 1959 S. 2020
- Geiger, Willi Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951
Berlin und Frankfurt a.M. 1952
- Gemander, G. Die Bedeutung der patentrechtlichen Vorfragen für die Zuständigkeitsregelung nach § 51 PatG
GRUR 1955 S. 263 - 266

- Giese, Dieter Erläuterungen zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Das deutsche Bundesrecht, 118. und 119. Lieferung
- Gumpert, Jobst Arbeitsstreitigkeiten
BB 1954 S. 808 f.
- Günther, Eberhard Das neue Kartellgesetz und seine Auswirkungen auf die Unternehmen
WuW 1957 S. 677 - 695
- Haberkorn, Karl Zum Kartellbegriff des § 1 GWB
GRUR 1960 S. 367 - 369
- Habscheid, Walther Der Streitgegenstand im Zivilprozeß und im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit
Bielefeld 1956
- Harmsen, o.V. Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 15. Juni 1959
GRUR 1959 S. 496 f.
- Henkel, Heinrich Strafverfahrensrecht
Stuttgart und Köln 1953
- Huber, Ernst Rudolf Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl.
Tübingen 1953/54
- Hueck, Alfred und Hans Carl Nipperdey Lehrbuch des Arbeitsrechts, 6. Aufl. Bd. 2
Berlin und Frankfurt a.M. 1957
- Isay, Rudolf und S. Tschierschky Kartellverordnung
Mannheim-Berlin-Leipzig 1925
- Jungbluth, Werner Kartellrechtliche Klagegründe im Verfahren vor den Zivilgerichten
DRiZ 1960 S. 139 - 144
- ders. Die Rechtsprechung des Kartellsenats
DRiZ 1960 S. 343 - 347
- Kaufmann, Heinz u.a. Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (zit.: Frankfurter Kommentar)
Köln 1958
- Kellermann, Alfred Die Aussetzung eines Rechtsstreits wegen präjudizieller Fragen des Kartellrechts
WuW 1958 S. 516 - 527
- Kirschstein, Friedrich Die Form des Preisbindungsvertrages nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
WRP 1958 S. 129 - 131
- Klaue, Siegfried Zwei Jahre Rechtsprechung zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
WuW 1960 S. 391 - 409

- | | |
|--|--|
| Kleinfeller, G. | Der Begriff "Anspruch"
AcP Bd. 137 S. 129 - 166 |
| Klinger, Hans | Verwaltungsgerichtsordnung
Göttingen 1960 |
| Koch, N. | Das Verhältnis der Kartellvorschriften
des EWG-Vertrages zum Gesetz gegen Wett-
bewerbsbeschränkungen
BB 1959 S. 241 - 248 |
| Koehler, Alexander | Verwaltungsgerichtsordnung
Berlin und Frankfurt a.M. 1960 |
| Koenigs, Folkmar | Wechselwirkungen zwischen Gesetz gegen
Wettbewerbsbeschränkungen und Recht des
unlauteren Wettbewerbs
NJW 1961 S. 1041 - 1048 |
| Krauß, Heinrich, Franz
Katluhn und Fritz Lin-
denmaier | Das Patentgesetz, 4. Aufl.
Köln-Berlin 1958 |
| Kreifels, Max | Verfahrensvorschriften im Entwurf des G
setzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen
NJW 1956 S. 936 - 939 |
| Kuhlmann, H. G. | Verfahrenswege bei Verstößen gegen das
GWB
WRP 1959 S. 142 - 143 |
| Langen, Eugen | Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Aufl.
Neuwied a.Rh.-Berlin Spandau-Darmstadt |
| ders. | Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 9. 7.
1958
GRUR 1958 S. 620 |
| ders. | Lizenzvertrag, Kartellvertrag oder Ge-
mischter Vertrag?
WuW 1960 S. 669 - 679 |
| Lechner, Hans | Bundesverfassungsgerichtsgesetz
München und Berlin 1954 |
| Lehnich, Oswald | Die Wettbewerbsbeschränkung
Köln-Berlin 1956 |
| ders. | Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Ergänzungsband zu: Die Wettbewerbsbe-
schränkung
Köln-Berlin 1958 |
| Lent, Friedrich | Die Abgrenzung der Anspruchsmehrheit v
der Mehrheit der Klagegründe,
ZZP Bd. 57 S. 1 - 76 |

- Lent, Friedrich Zur Lehre vom Streitgegenstand
ZJP Bd. 65 S. 315 - 360
- ders. Zur Lehre vom Entscheidungsgegenstand
ZJP Bd. 72 S. 63 - 98
- ders. Anmerkung zum Urteil des LG Stuttgart vom
30. 9. 1953
NJW 1954 S. 37
- Lent, Friedrich und
Othmar Jauernig Zivilprozeßrecht, 11. Aufl.
München und Berlin 1963
- Leo, Hans-Christoph Zum Begriff der Schutzvorschrift in § 35
GWB
WuW 1959 S. 485 - 499
- ders. Reformgedanken zur Aussetzungsvorschrift
des § 96 Abs. 2 GWB
GRUR 1959 S. 463 - 468
- Lerche, Peter Ordentlicher Rechtsweg und Verwaltungs-
rechtsweg
Berlin-Köln 1953
- Lieberknecht, Otfried Patente, Lizenzverträge und Verbot von
Wettbewerbsbeschränkungen
Frankfurt a.M. 1953
- Loos, Gerold In welchem Verfahren wird über die kar-
tellrechtliche Zulässigkeit von vertika-
len Preisbindungen (§ 16 GWB) entschie-
den?
NJW 1958 S. 1901 - 1905
- Löwe, Ewald und Werner
Rosenberg Die Strafprozeßordnung und das Gerichts-
verfassungsgesetz, 20. Aufl.
Berlin 1958
- Lukes, Rudolf Zur Funktionsverteilung zwischen Justiz-
gerichten und Kartellbehörden
ZJP Bd. 68 S. 4 - 20
- ders. Der Kartellvertrag
München und Berlin 1959
- Lutz, Hans Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkun-
gen
NJW 1957 S. 1297 - 1300
- Mayer-Wegelin, Heinz Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Frankfurt a.M. 1960
- Menger, Christian-
Friedrich System des verwaltungsgerichtlichen
Rechtsschutzes
Tübingen 1954

- Meyer-Cording, Ulrich Monopol und Marktbeherrschung als Rechtsproblem
Tübingen 1954
- Möhring, Philipp Besprechung von Müller-Henneberg/Schwartz
Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
NJW 1959 S. 377 f.
- ders. Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs
NJW 1963 S. 81 - 85; 133 - 138
- Müllensiefen, H. und Wolfram Dörinkel Kartellrecht, 3. Aufl.
Berlin 1938
- Müller, Heinz und Gerhard Gries Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Frankfurt a.M. 1958
- Müller-Henneberg, Hans und Gustav Schwartz Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 2. Aufl.
Köln-Berlin 1963
- Neumann, Georg Kreditinstitute, insbesondere Bausparkassen, und Versicherungsunternehmen im Kartellgesetz
Bonn o.J.
- Nikisch, Arthur Zivilprozeßrecht, 2. Aufl.
Tübingen 1952
- ders. Der Streitgegenstand im Zivilprozeß
Tübingen 1935
- ders. Zur Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozeß
AcP Bd. 154 S. 271 - 299
- Palandt, Otto Bürgerliches Gesetzbuch, 23. Aufl.
München und Berlin 1964
- Peters, Karl Strafprozeß
Karlsruhe 1952
- Rasch, Harold Wettbewerbsbeschränkungen Kartell- und Monopolrecht, 2. Aufl.
Herne-Berlin 1958
- Rauschenbach, Gerhard Das Kartellgesetz
Berlin-Baden-Baden 1960
- Reichsgerichtsrätekommentar Das Bürgerliche Gesetzbuch, I. Band, Allgemeiner Teil, 11. Aufl.
Berlin 1959
- Reimann, Günter Behörden, Gerichte und Verfahren im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
WRP 1957 S. 319 - 323

- Reimer, Eduard. Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz, 2. Aufl.
München-Köln-Berlin 1958
- v. Renthe gen. Fink, Donatus Anmerkung zu dem Urteil des LG Frankfurt a.M. vom 9. 11. 1960
WuW 1962 S. 444 ff.
- Rhode, Hans Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Staat und Wirtschaft 57 I S. 33 - 54
- Riechert, o.V. Verweisung und Abgabe im Kartellrechtsstreit
ZZP Bd. 74 S. 257 - 278
- Roellecke, Gerd Anmerkung zu den Urteilen des LG Bochum vom 4. 2. 1959 und des LG Frankfurt a.M. vom 13. 2. 1959
BB 1959 S. 213 f.
- Roquette, Hermann Mieterschutzgesetz
München und Berlin 1956
- Rosenberg, Leo Erwiderung auf Lent, Zur Abgrenzung der Anspruchsmehrheit von der Mehrheit der Klagegründe
ZZP Bd. 57 S. 76 - 90
- ders. Die Beweislast, 4. Aufl.
München und Berlin 1956
- ders. Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Aufl.
München und Berlin 1961
- Rowedder, Heinz Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
MDR 1958 S. 1 - 4; 129 - 132; 384 - 388
- Schmidt, Eberhard Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz
Göttingen 1957
- Schmitz, Werner Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und seine Konzeption
NJW 1957 S. 1704 - 1707
- Schönke, Adolf und Werner Schrader Einführung in die Rechtswissenschaft, 6. Aufl.
Karlsruhe 1955
- Schönke, Adolf, Horst Schröder und Werner Niese Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 8. Aufl.
Karlsruhe 1956
- Schwab, Karl Heinz Der Streitgegenstand im Zivilprozeß
München und Berlin 1954

- Schwenk, Edmund Wechselwirkung von Kartellverbot und Einzelvertrag
WuW 1958 S. 326 - 334
- Seydel, Helmut Zur Systematik des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen
NJW 1957 S. 1300 - 1303
- Siebert, Wolfgang Zur Methode der Gesetzesauslegung
Heidelberg 1958
- Soergel, Hans Theodor und Wolfgang Siebert Bürgerliches Gesetzbuch, I. Band, 9. Aufl.
Stuttgart 1959
- Spengler, Albrecht Zivilrechtliche Auswirkungen des Kartellgesetzes
WuW 1960 S. 410 - 423
- Sprenkmann, Wolfgang Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Praxis
GRUR 1960 S. 526 - 533
- ders. Jahresbericht über Schrifttum und Rechtsprechung zum Gewerblichen Rechtsschutz, Urheber-, Wettbewerbs- und Kartellrecht (1. Januar bis 31. Dezember 1960)
Berlin und Frankfurt a.M. 1961
- v. Staudinger, Julius Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Band Allgemeiner Teil, erläutert von Franz Brändl und Helmut Coing, 11. Aufl.
Berlin 1957
- ders. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Band Einzelne Schuldverhältnisse, erläutert von Ernst Keßler, Hermann Vogel, Franz Brändl, Walter Müller und Günther Seufert, 11. Aufl.
Berlin 1958
- Stein, Friedrich, Martin Jonas, Adolf Schöнке und Rudolf Pohle Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 18. Aufl.
Tübingen 1953
- Strickrodt, Georg Liefer- und Leistungsverträge unter den Wirkungen des Kartellverbots
WuW 1957 S. 75 - 92
- ders. Die Tragweite des generellen Kartellverbots
Betrieb 1958 S. 15 - 19
- Sydow, Reinhold und Louis Busch Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 22. Aufl.
Berlin 1941

- Tetzner, Heinrich Kommentar zum Patentgesetz und zum Gebrauchsmustergesetz, 2. Aufl.
Nürnberg und Düsseldorf 1951
- Tiedau, Erwin Zivilrechtsweg und Verwaltungsweg
ZZP Bd. 64 S. 407 - 473
- ders. Rechtsweg und öffentlich-rechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag
DÖV 1952 S. 164 - 168
- Ule, Carl Hermann Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2. Aufl.
Köln-Berlin-München-Bonn 1962
- Völz, Fromut Gewerbliche Schutzrechte und Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
WRP 1957 S. 313 - 318
- ders. Verfahrensrechtliche Schwierigkeiten beim Preisschutz von Markenwaren
WuW 1959 S. 397 - 409
- ders. Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 15. 6. 1959
WuW 1959 S. 826
- Wagner, Klaus Die Diskussion über ein Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in Westdeutschland nach 1945
Zürich 1956
- Wahl, Eduard Formprobleme des neuen Kartellgesetzes
JZ 1958 S. 148 - 153
- Wieczorek, Bernhard Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, Großkommentar
Berlin 1957
- ders. Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, Handkommentar
Berlin 1960
- Wildanger, Günther Aussetzung gemäß § 96 Abs. 2 GWB im einstweiligen Verfügungsverfahren?
WuW 1960 S. 685 - 690
- Würdinger, Hans Rechtskontrolle der Verfügungen der Kartellbehörden durch die Gerichte (§ 70 Abs. 4 GWB)
WuW 1958 S. 392 - 407
- Zunft, o.V. Zulässigkeit der Verweisung von Rechtsstreitigkeiten zwischen allen Gerichtsbarkeiten mit bindender Wirkung?
MDR 1958 S. 68 - 70
- Zweigert, Kurt Das neue Kartellgesetz
DVBl. 1958 S. 625 - 632; 733 - 739; 783 ff.

Erster Abschnitt:

Die Gerichtstätigkeit in bürgerlichen Kartellstreitigkeiten nach den §§ 87 - 96 GWB.

I

Überblick über die Zuständigkeitsregelung der §§ 87 - 96 GWB.

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) vom 27. Juli 1957 (BGBl. I 1081) enthält neben seinen wirtschaftspolitischen und wirtschaftsrechtlichen Bestimmungen auch Verfahrensvorschriften, deren Anwendung teilweise nicht unerhebliche Schwierigkeiten bereitet. Das gilt insbesondere für die in den §§ 87 ff. GWB getroffene Zuständigkeitsregelung, deren Darstellung und Erörterung Gegenstand dieser Arbeit sein soll.

Nach den §§ 87 Abs. 1, 96 Abs. 1 GWB sind für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, die sich aus dem GWB oder aus Kartellverträgen und Kartellbeschlüssen ergeben, in erster Instanz ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes die Landgerichte ausschließlich zuständig. Diese Regelung wird ergänzt und erweitert durch die Bestimmungen der §§ 89 und 96 Abs. 2 GWB. § 89 GWB eröffnet den Landesregierungen die Möglichkeit, durch Rechtsverordnung bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, für die nach § 87 GWB die Landgerichte ausschließlich zuständig sind, einem Landgericht für die Bezirke mehrerer Landgerichte zuzuweisen, wenn eine solche Zusammenfassung der Rechtspflege in Kartellsachen, insbesondere der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung, dienlich ist. Von dieser Möglichkeit ist bislang in den Ländern Baden-Württemberg, Bayern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und Schleswig-Holstein Gebrauch gemacht worden.¹⁾

Die nach den §§ 87, 89 GWB begründete Zuständigkeit wird erweitert durch § 96 Abs. 2 GWB. Danach sind die Kartellgerichte²⁾

-
- 1) Baumbach, Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Rn 1 zu § 89 GWB. (Soweit nichts anderes vermerkt, ist die 8. Aufl. zitiert)
 - 2) Das GWB kennt den Begriff "Kartellgericht" nicht. Es spricht in § 96 Abs. 1 GWB nur von den nach dem GWB zur Entscheidung berufenen Gerichten, ohne diese jedoch ausdrücklich als Kartellgerichte zu bezeichnen. Eine derartige Bezeichnung ist

auch dann ausschließlich zuständig, wenn in einem Rechtsstreit, der als Ganzes nicht vor das zuständige Kartellgericht gehört, eine entscheidungserhebliche Frage auftaucht, die nach dem Kartellgesetz zu beurteilen ist. In einem solchen Fall muß das Nicht-Kartellgericht das Verfahren aussetzen, bis die Entscheidung des Kartellgerichts über die kartellrechtliche "Vorfrage"³⁾ eingeholt ist.

In zweiter Instanz ist der Kartellsenat beim Oberlandesgericht zuständig (§ 92 GWB). Hier besteht ebenfalls die Möglichkeit, durch Rechtsverordnung der Landesregierung einem einzigen Oberlandesgericht die Entscheidung für die Bezirke mehrerer Oberlandesgerichte zuzuweisen (§§ 93, 94 GWB). Eine solche Konzentrierung ist bisher in Bayern, Hessen, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen erfolgt.⁴⁾

In dritter Instanz schließlich obliegt die Entscheidung dem beim Bundesgerichtshof gebildeten Kartellsenat (§ 95 GWB).

II

Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung.

Die Tendenz der gesetzlichen Regelung geht dahin, die Entscheidung über Kartellrechtsfragen bei möglichst wenigen Spruchkörpern

-Forts. Anm. 2-

auch unscharf, da nach der Terminologie des GWB unter den Begriff "Gericht" nicht nur die Gerichte allgemein, bei denen Kartellspruchkörper gebildet sind, gefaßt werden, sondern auch diese Spruchkörper selbst. Wenn gleichwohl die Bezeichnungen "Kartellgericht" und "Nicht-Kartellgericht" verwendet werden, so handelt es sich dabei um Abkürzungen, bei denen jedoch nicht außer acht bleibt, daß begrifflich zwischen dem Gericht als Ganzem und dem Spruchkörper unterschieden werden muß, da diese Unterscheidung in bestimmten Fällen (s. unten S. 6 ff.; 93 ff.; 97 ff.) für die sich ergebenden rechtlichen Konsequenzen von erheblicher Bedeutung ist (vgl. Jungbluth, Kartellrechtliche Klagegründe im Verfahren vor den Zivilgerichten, DRiZ 60,139; Baur, Einige Bemerkungen zum gerichtlichen Verfahren in Kartellsachen, ZZP 72,5 Anm. 3a). Ähnlich sind auch die Begriffe "Kartellstreitigkeiten", "Kartellrechtssachen", "Kartellstreitsachen" und "Kartellsachen" Abkürzungen, die das Gesetz nicht kennt, die jedoch aus Gründen der Einfachheit überall dort Anwendung finden, wo das Erfordernis der begrifflichen Klarheit es gestattet.

3) Zu dem Begriff "Vorfrage" s. unten S. 12 f.

4) Baumbach-Hefermehl, Rn 1 zu § 93 GWB.

zu konzentrieren. Das hat im wesentlichen zwei Gründe.

1.) Die gesetzliche Regelung geht von der Erkenntnis aus, daß das Urteil in einer Kartellstreitsache regelmäßig die Entscheidung sehr komplexer und schwieriger Rechtsfragen erfordert, bei denen sich Probleme des bürgerlichen Rechts mit solchen des Handels- und Gesellschaftsrechts, Fragen des Patentrechts mit denen des unlauteren Wettbewerbs verbinden. Die Entscheidung dieser Fragen soll deshalb durch besonders qualifizierte Richter erfolgen, die gleichzeitig über eine große Erfahrung in der Beurteilung wirtschaftlicher Tatbestände verfügen.⁵⁾ Dieses Ziel ist aber nur dadurch erreichbar, daß man die Entscheidungsbefugnis in Kartellsachen bei bestimmten Spruchkörpern der Gerichte der mittleren und höchsten Instanz konzentriert. Denn einmal sind nur dort die erforderlichen qualifizierten Richterpersönlichkeiten zu finden und zum anderen kann nur auf diesem Wege den Richtern der notwendige Überblick über die Vielfalt der zu lösenden Probleme vermittelt werden.

2.) Außerdem soll durch die Verteilung der Zuständigkeit auf nur wenige Instanzen nach Möglichkeit vermieden werden, daß zu Fragen des Kartellrechts widersprechende Entscheidungen ergehen. Das ist auch vor allem der Grund für den Aussetzungszwang nach § 96 Abs. 2 GWB. Allein durch ihn kann vermieden werden, daß nicht zur Beurteilung von Kartellrechtsfragen zuständige Instanzen, wenn auch nur inzidenter, Entscheidungen über kartellrechtliche Fragen fällen. Der Aussetzungszwang erscheint als das einzige Mittel, durch das eine einheitliche Rechtsprechung zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen gewährleistet werden kann. Diese Einheitlichkeit zu garantieren, ist eines der Ziele, die der Gesetzgeber durch die besondere gesetzliche Regelung erreichen wollte.⁶⁾ Zusammenfassend ist also zu sagen, daß das Hauptziel der besonde-

5) Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen B V 3 a S. 29, Bundestagsdrucksache 1158, 2. Wahlperiode 1953.

6) Vgl. GWB-Entwurf, Erläuterungen zu § 71, Bundestagsdrucksache 1158, 2. Wahlperiode 1953 S. 55; Stellungnahme der Bundesregierung zu den Änderungsvorschlägen des Bundesrates, Anlage 3 zu Bundestagsdrucksache 1158 Nr. 27 S. 85; Müller-Gries, Kommentar zum GWB, Anm. 2 zu § 96.

ren gesetzlichen Regelung des Verfahrens in Kartellstreitsachen darin besteht, zu gewährleisten, daß eine Entscheidung zum Kartellrecht ausschließlich von den Instanzen getroffen wird, die nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ausschließlich zuständig erklärt worden sind.

III

Die Stellung der Kartellspruchkörper im System der Zivilgerichtsbarkeit.

Wie sich aus dem vorstehenden Überblick ergibt, ist durch die §§ 87 Abs. 1, 96 Abs. 1 GWB eine besondere ausschließliche Zuständigkeit für bürgerliche Kartellstreitigkeiten begründet worden. Es ergibt sich daher zunächst die Frage, welche Stellung die zur Entscheidung von bürgerlichen Kartellstreitigkeiten berufenen Gerichte bzw. Spruchkörper im System der gesamten Gerichtsbarkeit einnehmen, da sich aus der Beantwortung dieser Frage Konsequenzen für die Zuständigkeit⁷⁾, den Instanzenzug⁸⁾ und die in Betracht kommenden Verweisungsmöglichkeiten⁹⁾ ergeben.

Mit der Begründung einer ausschließlichen Zuständigkeit für Kartellstreitigkeiten nach den §§ 87, 96 Abs. 1 GWB kann ein eigener Rechtsweg für Kartellstreitigkeiten eröffnet, eine besondere sachliche Zuständigkeit bestimmt oder lediglich eine Richtschnur für die Geschäftsverteilung an den Gerichten gegeben worden sein. Von Rechtsweg ist nach der Terminologie des Grundgesetzes (Art. 19 Abs. 4, 93 Abs. 1 Ziff. 4, 96 Abs. 1, 96 a) zu sprechen, wenn die ordentlichen Gerichte, die Verwaltungs- Finanz- oder Sozialgerichte oder zukünftig in Ausnutzung der in Art. 96 a GG gegebenen Möglichkeiten die dort genannten Bundesgerichte zur Entscheidung berufen sind.¹⁰⁾ Der Instanzenzug bei jedem dieser Gerichtszweige ist ein besonderer Rechtsweg.¹¹⁾ Daraus folgt, daß von der Eröffnung eines besonderen Rechtswegs nur dann die Rede sein kann, wenn

7) S. unten S. 6 ff.

8) S. unten S. 93 ff.

9) S. unten S. 97 ff.

10) Rosenberg, Zivilprozeßrecht, § 11 I.

11) Menger, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, S. 55 ff.

für einen bestimmten Bereich der Rechtsprechung eine eigene, selbständige Gerichtsbarkeit geschaffen wird. Dagegen handelt es sich nicht um die Begründung eines Rechtsweges, sondern um die Bestimmung einer besonderen sachlichen Zuständigkeit, wenn innerhalb eines Rechtswegs für bestimmte, näher umschriebene Rechtsstreitigkeiten bestimmte Gerichte oder Spruchkörper für zuständig erklärt werden.¹²⁾ Das ist beispielsweise der Fall bei Patentstreitsachen (§ 51 PatG), Gebrauchsmusterschutzsachen (§ 19 GebrMSchG), Warenzeichenstreitsachen (§ 32 WZG), Binnenschiffahrtssachen und Entschädigungssachen nach dem Bundesentschädigungsgesetz (§ 208).¹³⁾ Als Beispiel für eine Zuständigkeit gemäß der Geschäftsverteilung (§§ 63, 64 GVG) ist schließlich die Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen nach den §§ 93 ff. GVG anzuführen.¹⁴⁾

§ 87 Abs. 1 GWB erklärt allgemein zur Entscheidung von Kartellstreitigkeiten die Landgerichte für zuständig. Damit sind Gerichte berufen, deren Tätigkeit im Rahmen des ordentlichen Rechtsweges erfolgt. § 87 Abs. 1 GWB schafft also für Kartellstreitigkeiten keine eigene, selbständige Gerichtsbarkeit, sondern erklärt nur innerhalb der ordentlichen Gerichtsbarkeit für bestimmte, näher umschriebene Rechtsstreitigkeiten, nämlich die Kartellstreitigkeiten, bestimmte Gerichte oder Spruchkörper für zuständig. Daraus ergibt sich, daß mit der Berufung sog. Kartellgerichte zur Entscheidung von Kartellstreitigkeiten kein neuer besonderer Rechtsweg begründet worden ist.

Dem widerspricht nicht die Entscheidung des BGH vom 15. 12. 1960¹⁵⁾, nach der § 87 Abs. 1 GWB nicht nur die sachliche Zuständigkeit innerhalb des ordentlichen Rechtswegs regelt, sondern auch den Rechtsweg selbst bestimmt. Denn diese Entscheidung besagt nicht, daß § 87 Abs. 1 GWB für Kartellstreitigkeiten einen eigenen, neuen Rechtsweg begründet. Sie stellt nur klar, daß § 87 Abs. 1 GWB den Primat des ordentlichen Rechtswegs für bürgerliche Rechtsstreit-

12) Vgl. Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Zivilprozeßordnung, Vorbem. IV vor § 1; Vorbem. IX 1 b vor § 1.

13) Dies., Vorbem. IX 2 vor § 1.

14) Dies., Anm. I 3 zu § 1; Rosenberg, Zivilprozeßrecht, § 32 II.

15) WuW 61, 207 ff. = WuW/E BGH 419 ff.; vgl. auch die Vorinstanz: KG, Urt.v. 8.12.59, WuW 60, 305 ff. = WuW/E OLG 307 ff.

tigkeiten in Kartellsachen sichert und die etwaige, in § 13 GVG vorbehaltene Zuweisung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten an Verwaltungsgerichte im weiteren Sinne, wie z.B. die Sozialgerichte, nicht für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten gilt, die sich aus dem GWB oder aus Kartellverträgen und aus Kartellbeschlüssen ergeben. Die genannte Entscheidung des BGH besagt also lediglich, daß in all den Fällen, in denen sich eine Rechtsstreitigkeit als bürgerliche Kartellstreitigkeit erweist, die nach § 13 GVG eröffnete Möglichkeit, die Zuständigkeit von Verwaltungsgerichten oder von besonderen Gerichten zu begründen, ausgeschlossen und gemäß § 13 GVG nur der ordentliche Rechtsweg und damit die Zuständigkeit der Kartellgerichte gegeben ist.

Nachdem festgestellt ist, daß durch § 87 Abs. 1 GWB ein neuer Rechtsweg für bürgerliche Kartellstreitigkeiten nicht begründet ist, bleibt zu untersuchen, welche der beiden anderen aufgezeigten Möglichkeiten gegeben ist.

Da durch § 87 Abs. 1 GWB innerhalb des ordentlichen Rechtswegs für bürgerliche Kartellstreitigkeiten bestimmte Gerichte, nämlich die Landgerichte als Eingangsgerichte, für ausschließlich zuständig erklärt worden sind, stellt sich die durch § 87 Abs. 1 GWB getroffene Zuständigkeitsregelung als die Begründung einer besonderen sachlichen Zuständigkeit dar.¹⁶⁾ Es fragt sich jedoch, ob die zur Entscheidung berufenen Gerichte als solche für bürgerliche Kartellstreitigkeiten zuständig sind, oder ob sich die Zuständigkeit auf die Spruchkörper der Gerichte beschränkt und konzentriert, die besonders und speziell zur Entscheidung von bürgerlichen Kartellstreitigkeiten bestellt und berufen sind. Eine Antwort auf diese Frage ergibt sich bei einer Gesamtbetrachtung der Vorschriften, die sich mit der Zuständigkeitsregelung in bürgerlichen Kartellstreitigkeiten befassen.

Die Zuständigkeit der Kartellgerichte in erster Instanz ist in den §§ 87, 89 GWB geregelt. Schon aus diesen Vorschriften ist zu

16) Im Ergebnis ganz oder weitgehend übereinstimmend Müller-Henneberg/Tiffert, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Rn.7 zu § 87; Baur, aaO., ZZP 72,11; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Vorbem. IX 2 g vor § 1; dies., Anm. III 3 n zu § 1; BGH, Urt. v. 15.12.60, WuW 61,207 ff.= WuW/E BGH 419 ff., KG, Urt. v. 3.12.59, WuW 60,305 ff.= WuW/E OLG 307 ff.

entnehmen, daß die Entscheidung über Fragen des Kartellrechts so weit wie möglich bei bestimmten Spruchkörpern konzentriert werden soll. Zwar wird ausdrücklich nur gesagt, daß die Landgerichte, nicht aber, daß bestimmte Spruchkörper der Landgerichte zur Entscheidung berufen sind. Daher könnte man die Möglichkeit bejahen, daß die Landgerichte als solche zuständig sind, und demgemäß die Entscheidung der Kartellstreitigkeiten auf mehrere Spruchkörper verteilt werden kann.¹⁷⁾

Gegen die Richtigkeit dieser Ansicht bestehen jedoch Bedenken. Denn es würde dem Sinn einer Konzentration und Zentralisation widersprechen, wenn auf der einen Seite zentralisiert, auf der anderen Seite jedoch die Entscheidungsbefugnis auf mehrere Spruchkörper des Gerichts verteilt wird. Damit würde der durch die Zusammenfassung erreichte Erfolg wieder aufgehoben. Gegen die Richtigkeit der von Baur und Riechert vertretenen Ansicht spricht weiter, daß die Kartellstreitigkeiten nach § 87 Abs. 2 GWB zu Handelssachen im Sinne der §§ 93 - 114 GVG erklärt worden sind. Da zur Entscheidung von Handelssachen die Kammern für Handelssachen zuständig sind, ist aus dieser Bestimmung zu schließen, daß nach dem Willen des Gesetzgebers innerhalb des zuständigen Landgerichts möglichst nur ein Spruchkörper mit der Entscheidung von Kartellstreitigkeiten befaßt werden soll.¹⁸⁾ Aus allem folgt, daß die Zuständigkeit in Kartellstreitigkeiten nicht durch eine ermessensfreie gerichtsinterne Entscheidung herbeigeführt werden kann, sondern durch die Entscheidung des Gesetzgebers weitgehend verbindlich festgelegt ist.

Damit ist jedoch noch nicht entschieden, ob die Entscheidungsbefugnis der Kartellspruchkörper in Kartellstreitigkeiten ihrem Wesen nach mehr ein Ausfluß der Geschäftsverteilung ist oder eine selbständige sachliche Zuständigkeit darstellt. Für erstere Ansicht spricht, daß § 87 Abs. 2 GWB die Kartellstreitigkeiten zu Handelssachen erklärt, da die Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen eine Frage der Geschäftsverteilung ist.¹⁹⁾ So vertritt

17) Baur, aaO., ZZP 72,5; Riechert, Verweisung und Abgabe im Kartellrechtsstreit, ZZP 74,258-261.

18) Daß diese Absicht des Gesetzgebers wegen des nach § 96 GVG erforderlichen Antrags durch die getroffene Regelung nur unvollkommen zu verwirklichen ist, schließt das Bestehen dieser Ansicht nicht aus.

19) S. Anm. 14 auf S. 5.

auch Riechert die Meinung,²⁰⁾ daß durch die Bezugnahme auf die §§ 93 - 114 GVG in § 87 Abs. 2 GWB die gesetzliche Regelung in den §§ 87 ff. GWB zwingend dahin zu verstehen sei, daß die Kartellstreitigkeiten keiner anderen Regelung unterworfen sein sollten als die übrigen im Katalog des § 95 GVG aufgezählten Handelssachen.

Es erscheint jedoch nicht zulässig, aus dieser Entscheidung des Gesetzgebers für den Charakter der Zuständigkeitsregelung in Kartellstreitigkeiten besondere Schlüsse zu ziehen. Denn die Bezugnahme in § 87 Abs. 2 GWB kann auch dahin verstanden werden, daß mit ihr lediglich die Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen festgelegt, nicht aber die gesamte Regelung der §§ 93 - 114 GVG für verbindlich erklärt werden sollte. Für diese Auslegung spricht insbesondere die Formulierung des § 87 Abs. 2 GWB, die Kartellstreitigkeiten seien Handelssachen "im Sinne" der §§ 93 - 114 GVG. Zum anderen müssen die Zuständigkeitsvorschriften der §§ 87, 96 GWB im Zusammenhang mit der für die Zuständigkeit in zweiter und dritter Instanz getroffenen Regelung gesehen werden. Für die Zuständigkeit in zweiter Instanz bestimmt § 92 GWB, daß bei den Oberlandesgerichten ein Kartellsenat gebildet wird, und dieser Kartellsenat über die Berufung gegen Endurteile und die Beschwerde gegen sonstige Entscheidungen der nach den §§ 87, 89 GWB zuständigen Landgerichte entscheidet. Entsprechendes gilt gemäß § 95 GWB für den Kartellsenat beim BGH, nur daß seine Zuständigkeit im einzelnen abweichend geregelt ist.

Aus der Art dieser Regelung ergibt sich, daß nicht die Oberlandesgerichte und der BGH schlechthin zuständig sind, sondern daß die Zuständigkeit in Kartellstreitigkeiten speziell bei den Kartellsenaten liegt. Denn ihr Zuständigkeitsbereich ist in den §§ 92, 95 GWB ausdrücklich gesetzlich fest gelegt und wird nicht durch die Geschäftsverteilungspläne der Oberlandesgerichte und des BGH umgrenzt.²¹⁾ Deshalb konnte und mußte der BGH sich auch darauf beschränken, in seinen Geschäftsverteilungsplänen²²⁾ die Zuständig-

20) AaO., ZZP 74, 261.

21) Im Ergebnis ebenso Jungbluth, aaO., DRIZ 60, 139.

22) Geschäftsverteilungspläne für die Jahre 1957 -BA Nr. 19 v. 29. 1.57-; 1958 -BA Nr. 13 v. 21.1.58-; 1959 -BA Nr. 10 v. 16.1. 59-; 1960 -BA Nr. 7 v. 13.1.60-; 1961 -BA Nr. 8 v. 12.1.61-.

keit des Kartellsenats unter Bezugnahme auf die gesetzliche Regelung rein deklaratorisch festzustellen. Die Kartellsenate bei den Oberlandesgerichten und beim BGH erscheinen daher nicht so sehr als Spruchorgane des betreffenden Gerichts, sondern mehr als selbständige Spruchkörper, die nur organisatorisch den Oberlandesgerichten bzw. dem BGH angegliedert sind. Letzteres kommt auch in den Formulierungen der §§ 92 und 95 GWB zum Ausdruck, die nicht lauten: Kartellsenate d e r Oberlandesgerichte bzw. d e s BGH, sondern Kartellsenate b e i den Oberlandesgerichten bzw. b e i m BGH. Diese Formulierungen verdeutlichen, daß die Kartellsenate eine besondere eigenständige Stellung innerhalb der Gerichte, denen sie zugeordnet sind, einnehmen. Geht man von diesem für die Kartellsenate gefundenen Ergebnis aus, so ergibt sich wegen der notwendigen Einheitlichkeit des Rechtszuges, daß auch in erster Instanz die Entscheidungskompetenz in bürgerlichen Kartellstreitigkeiten nicht bei den Landgerichten als solchen liegt, sondern sich auf die zur Entscheidung von bürgerlichen Kartellstreitigkeiten bestimmten Spruchkörper beschränkt.

Als Ergebnis ist daher festzustellen, daß durch die §§ 87 Abs. 1, 96 Abs. 1 GWB eine besondere ausschließliche sachliche Zuständigkeit innerhalb des ordentlichen Rechtswegs (§ 13 GVG) für bürgerliche Kartellstreitigkeiten begründet worden ist.²³⁾ Diese besondere sachliche Zuständigkeit liegt bei den zur Entscheidung von bürgerlichen Kartellstreitigkeiten bestimmten Kartellspruchkörpern der Land- und Oberlandesgerichte und des BGH.

Zweiter Abschnitt:

Problemstellung.

Es stellt sich nun das Problem, die ausschließliche sachliche Zuständigkeit der Kartellgerichte von der Zuständigkeit der allgemeinen Zivilgerichte abzugrenzen.

Nach der gesetzlichen Regelung bestimmt sich die Zuständigkeit der Kartellgerichte einmal danach, ob sich eine bürgerliche Rechts-

23) Ähnlich ist die Regelung in § 18 Abs. 1 S. 2 VertragshilfeG.

streitigkeit aus dem GWB oder aus Kartellverträgen und Kartellbeschlüssen ergibt (§ 87 Abs. 1 GWB). Zum anderen ist maßgebend, ob die Entscheidung eines nicht-kartellrechtlichen Rechtsstreits ganz oder teilweise von einer Entscheidung abhängt, die nach dem GWB zu treffen ist (§ 96 Abs. 2 GWB). Zur Entscheidung der Fragen, die sich nach dem GWB beurteilen, sind ebenfalls die Kartellgerichte zuständig. Für die Frage der Zuständigkeit der Kartellgerichte ist daher zu klären, wann sich eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit aus dem GWB oder aus Kartellverträgen und Kartellbeschlüssen ergibt, und unter welchen Voraussetzungen die Entscheidung eines nicht-kartellrechtlichen bürgerlichen Rechtsstreits ganz oder teilweise von einer Entscheidung abhängt, die nach dem GWB zu treffen ist. Dabei ist besonders zu beachten, daß nur dann, wenn sich die bürgerliche Rechtsstreitigkeit aus dem GWB oder aus Kartellverträgen und Kartellbeschlüssen ergibt, das Kartellgericht zur Entscheidung des gesamten Rechtsstreits berufen ist, während im Falle des § 96 Abs. 2 GWB die Zuständigkeit zur Entscheidung des Rechtsstreits im ganzen dem Nicht-Kartellgericht verbleibt und nur die Entscheidung der Frage, die nach dem GWB zu beantworten ist, dem Kartellgericht obliegt.

Für die Entscheidung, wann sich eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit aus dem GWB oder aus Kartellverträgen und Kartellbeschlüssen ergibt (§ 87 Abs. 1 GWB), bieten sich - theoretisch-abstrakt mit der Möglichkeit vermittelnder Lösungen - zwei Alternativen. Einmal kann der Begriff der bürgerlichen Kartellstreitigkeit i.S. des § 87 Abs. 1 GWB weit gefaßt werden, etwa in der Weise, daß ihr Vorliegen bereits dann bejaht wird, wenn nur eine der für die Beurteilung des Rechtsstreits erheblichen Rechtsfragen nach dem GWB zu entscheiden ist. Zum anderen erscheint eine enge Umschreibung möglich dahingehend, daß eine Rechtsstreitigkeit aus dem GWB nur dann angenommen wird, wenn der geltend gemachte Anspruch seine Anspruchsgrundlage im GWB selbst hat, also etwa auf die §§ 2, 35 GWB gestützt wird.

Die Abgrenzung - weit oder eng - ist von wesentlicher Bedeutung für die Herleitung der Zuständigkeit aus § 96 Abs. 2 GWB und den mit ihr verbundenen Aussetzungszwang. Geht man nämlich davon aus, daß eine bürgerliche Kartellstreitigkeit i.S. des § 87 Abs. 1 GWB und damit die Zuständigkeit der Kartellgerichte zur Entscheidung

des ganzen Rechtsstreits immer dann gegeben ist, wenn nur eine der für die Beurteilung des Rechtsstreits erheblichen Rechtsfragen nach dem GWB zu entscheiden ist, sind die Fälle, in denen die Entscheidung eines im ganzen nicht-kartellrechtlichen Rechtsstreits von einer Entscheidung abhängt, die nach dem GWB zu treffen ist (§ 96 Abs. 2 GWB), gering, da wegen der weiten Umschreibung jeweils schon nach § 87 Abs. 1 GWB die Zuständigkeit der Kartellgerichte zur Entscheidung des gesamten Rechtsstreits anzunehmen ist. Nimmt man jedoch eine Kartellstreitigkeit nach § 87 Abs. 1 GWB lediglich dann an, wenn das Schwergewicht der Rechtsfragen im GWB liegt, wird es sich relativ häufig ergeben, daß die Entscheidung eines nicht-kartellrechtlichen Rechtsstreits von einer Entscheidung abhängt, die nach dem GWB zu treffen ist (§ 96 Abs. 2 GWB), und demnach eine Aussetzung zu erfolgen hat. Denn bei dieser Lösung bleibt die Zuständigkeit der Nicht-Kartellgerichte zur abschließenden Entscheidung des Rechtsstreits erhalten, falls nur eine der entscheidungserheblichen Fragen nach dem GWB zu beurteilen ist. Es greift dann nur der Zwang ein, den Rechtsstreit auszusetzen und über die kartellrechtliche Frage die Entscheidung des zuständigen Kartellgerichts einzuholen.

Auf eine kurze Formel gebracht läßt sich das skizzierte Abhängigkeitsverhältnis nach allem folgendermaßen umreißen: weite Umschreibung der Kartellstreitigkeit nach § 87 Abs. 1 GWB - seltener Aussetzungszwang, enge Umschreibung - häufiger Aussetzungszwang.

Im Hinblick auf das Abhängigkeitsverhältnis von Abgrenzung und Aussetzungszwang ist folgende Erwägung anzustellen: Sollte sich ergeben, daß der Aussetzungszwang für die Rechtsverfolgung negative Auswirkungen hat, spräche das dafür, den Begriff der Kartellstreitigkeit i.S. des § 87 Abs. 1 GWB weit zu fassen, weil dadurch der Aussetzungszwang in engen Grenzen gehalten wird. Wäre der Aussetzungszwang jedoch positiv für die Rechtsverfolgung, wäre das ein Argument für eine enge Umschreibung des Begriffs der Kartellstreitigkeit. Daraus folgt, daß für die Lösung des Problems, wie der Begriff der bürgerlichen Kartellstreitigkeit i.S. des § 87 Abs. 1 GWB abzugrenzen und zu umschreiben ist, auch die Auswirkungen zu berücksichtigen sind, die sich für die Rechtsverfolgung aus dem Aussetzungszwang nach § 96 Abs. 2 GWB ergeben. Daher ist

es erforderlich, zunächst die in § 96 Abs. 2 GWB getroffene Regelung mit ihren Fragen und ihrer Problematik zu untersuchen, und sodann unter Berücksichtigung der bei dieser Untersuchung gefundenen Ergebnisse eine Abgrenzung der bürgerlichen Kartellstreitigkeiten von den nicht-kartellrechtlichen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zu versuchen.

Dritter Abschnitt:

Der Aussetzungszwang nach § 96 Abs. 2 GWB.

I

Begriff der "Entscheidung, die nach dem GWB zu treffen ist,".

Der Begriff "Entscheidung, die nach dem GWB zu treffen ist," wird allgemein gleichgesetzt mit dem Begriff "Vorfrage".²⁴⁾ Unter einer "Vorfrage" wird mit Bezugnahme auf § 148 ZPO ein Rechtsverhältnis verstanden, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung eines Rechtsstreits ganz oder zum Teil abhängt. Es erscheint jedoch ungenau und unzutreffend, den Begriff "Entscheidung, die nach dem GWB zu treffen ist," mit dem Begriff "Vorfrage" im herkömmlichen Sinne gleichzusetzen. Denn es kann eine Entscheidung, die i.S. des § 96 Abs. 2 GWB nach dem GWB zu treffen ist, gegeben und erforderlich sein, ohne daß sich diese Entscheidung zugleich

24) BGH, Beschl. v. 9.7.58, WuW 58,692 ff.= WuW/E BGH 244 ff.; Urt. v. 19.12.58, WuW 59,561 ff.= WuW/E BGH 283 ff.; Beschl. v. 15.6.59, WuW 59,820 ff.= WuW/E BGH 318 ff.; Beschl. v. 10.7.59, WuW 60,361 f.= WuW/E BGH 383 f. u. WuW 60,531 = WuW/E BGH 385 f.; Urt. v. 18.9.59, WuW 60,533 f.= WuW/E BGH 387 f.; Urt. v. 20.10.59, WuW 60,196 ff.= WuW/E BGH 354 ff.; OLG Frankfurt, Urt. v. 17.7.58, WuW 59,361 ff.= WuW/E OLG 265 ff.; OLG Hamm, Beschl. v. 23.12.58, WuW 59,374 = WuW/E OLG 278; Beschl. v. 21.1.59, WuW 60,56 f.= WuW/E OLG 282 f.; LG Bochum, Urt. v. 4.2.59, WuW 59,679 f.= WuW/E LG/AG 135 f.; Erläuterungen zu § 71 RegEntw., Bundestagsdrucksache 1158 Wahlperiode 1953; Anlage 3 zu Bundestagsdrucksache 1158; Müller-Henneberg/Tiffert, Rn 7 zu § 96; Baumbach-Hefermehl, Anm. 2 zu § 96; Müller-Gries, Anm. 2 zu § 96; Leo, Reformgedanken zur Aussetzungsvorschrift des § 96 Abs. 2 GWB, GRUR 59,463 ff., passim; Kellermann, Die Aussetzung eines Rechtsstreits wegen präjudizieller Fragen des Kartellrechts, WuW 58,516 ff. passim.

auch als eine Entscheidung über ein bestimmtes Rechtsverhältnis darstellt. Das Vorhandensein eines Rechtsverhältnisses setzt nämlich voraus, daß auf Grund eines bestimmten Sachverhalts eine Beziehung zweier oder mehrerer Rechtssubjekte zueinander oder eines Rechtssubjekts oder mehrerer Rechtssubjekte zu einer Sache oder einem sonstigen Rechtsgut besteht, aus der sich bestimmte Rechtsfolgen für den oder die Beteiligten ergeben.²⁵⁾ Ein Rechtsverhältnis ist also nur dann gegeben, wenn ein konkreter Sachverhalt zur Beurteilung steht. Ohne einen bestimmten, in der Wirklichkeit gegebenen Sachverhalt kann ein Rechtsverhältnis nicht entstehen.²⁶⁾ Die Beurteilung abstrakter Rechtsfragen ist keine Entscheidung über ein Rechtsverhältnis.²⁷⁾

Demgegenüber stellt § 96 Abs. 2 GWB nicht darauf ab, ob über einen bestimmten Lebenssachverhalt eine Entscheidung zu treffen ist, sondern sieht für die Aussetzung als maßgebend an, ob die Entscheidung des gesamten Rechtsstreits auch eine Entscheidung voraussetzt, die nach dem GWB zu treffen ist. Für eine Aussetzung nach § 96 Abs. 2 GWB kommt es also darauf an, ob sich eine oder mehrere Rechtsfragen, die in dem Rechtsstreit zu entscheiden sind, nach dem GWB beurteilen. Es ist nach dem Wortlaut des § 96 Abs. 2 GWB nicht erforderlich, daß über ein in sich geschlossenes Rechtsverhältnis nach Kartellrecht zu befinden ist, sondern der Aussetzungszwang besteht auch dann, wenn über eine spezielle Rechtsfrage aus dem GWB entschieden werden muß. Aus diesen Gründen verbietet es sich daher, bei der Umschreibung des Begriffs der "Entscheidung, die nach dem GWB zu treffen ist," an die Umschreibung des Begriffs "Vorfrage" anzuknüpfen und beide Begriffe gleichzusetzen. Für den Begriff der "Entscheidung, die nach dem GWB zu treffen ist," ist vielmehr eine eigene, gesonderte Umschreibung zu finden. Sie ergibt sich, wenn man von dem Zweck ausgeht, den der Aussetzungszwang nach § 96 Abs. 2 GWB verfolgt.

25) Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Anm. I 2 zu § 43; Koehler, Verwaltungsgerichtsordnung, Anm. VI L zu § 43; Eyermann-Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, Rn 3 zu § 43: teils übereinstimmend, teils enger; vgl. auch OLG Düsseldorf, NJW 50,434; OLG Köln, FamRZ 55,103.

26) Ule, aaO.; Koehler, aaO.; vgl. auch BGH, Urt. v. 23.4.59, WuW 59,820 = WuW/E BGH 318.

27) RGZ 158,166; Koehler, aaO.; Eyermann-Fröhler, aaO.

Dieser besteht, wie sich aus den Gesetzesmaterialien²⁸⁾ und der Stellung des § 96 Abs. 2 GWB im Gesamtgefüge der gesetzlichen Regelung ergibt, vor allem darin, zu vermeiden, daß nicht zur Entscheidung von Kartellstreitsachen berufene Gerichte kartellrechtliche Fragen beurteilen und entscheiden oder zu ihnen für das Kartellrecht bedeutsame Ausführungen machen.²⁹⁾ Sinn und Zweck des § 96 Abs. 2 GWB ist es also zu garantieren, daß kartellrechtliche Fragen ausschließlich von Kartellgerichten entschieden werden. Daraus folgt, daß § 96 Abs. 2 GWB entsprechend seiner weit gefaßten Formulierung weit auszulegen ist. Eine Entscheidung, die i.S. des § 96 Abs. 2 GWB nach dem GWB zu treffen ist, liegt demnach immer dann vor, wenn die Subsumtion von Tatsachen unter Vorschriften des GWB erforderlich ist, oder wenn eine Rechtsfrage unter Berücksichtigung von Vorschriften des GWB zu beurteilen ist. In jedem dieser Fälle müssen für das Kartellrecht bedeutsame Ausführungen gemacht werden.³⁰⁾

Mit dieser Umschreibung ist jedoch der Begriff der "Entscheidung, die nach dem GWB zu treffen ist," i.S. des § 96 Abs. 2 GWB noch nicht hinreichend abgegrenzt von dem Begriff der "Rechtsstreitigkeit, die sich aus dem GWB ergibt," gemäß § 87 Abs. 1 GWB. Denn eine Rechtsstreitigkeit, die sich aus dem GWB ergibt, (§ 87 Abs. 1 GWB) umfaßt begrifflich immer auch zugleich eine "Entscheidung, die nach dem GWB zu treffen ist," (§ 96 Abs. 2 GWB). Rechtssystematisch kann jedoch immer nur eine der beiden Konsequenzen, Aussetzung oder Verweisung, in Frage kommen.³¹⁾ Es hat daher zwischen ihnen eine Abgrenzung zu erfolgen, die wie folgt vorgenommen werden kann:

Primär ist festzustellen, wann eine "Rechtsstreitigkeit, die sich aus dem GWB ergibt," (§ 87 Abs. 1 GWB) gegeben ist. Denn der Umschreibung dieses Begriffs gebührt rechtssystematisch der Vorrang,

28) Amtliche Begründung des RegEntw. des GWB, Bundestagsdrucksache 1158 Wahlperiode 1953, Erl. zu § 71; Stellungnahme der Bundesregierung zu den Änderungsvorschlägen des Bundesrates, Anlage 3 zu Bundestagsdrucksache 1158, Nr. 27.

29) Übereinstimmend Müller-Gries, Anm. 2 zu § 96; Müller-Henneberg/Tiffert, Rn 1 zu § 96.

30) Vgl. OLG Frankfurt, Urt. v. 17.7.58, WuW 59,361 ff. = WuW/E OLG 265 ff.; auch Kellermann, aaO., WuW 59,519.

31) Vgl. Jungbluth, aaO., DRiZ 60,140.

da er für die Zuständigkeitsregelung maßgebend ist. Liegt fest, wann sich eine Rechtsstreitigkeit aus dem GWB ergibt (§ 87 GWB), so ist derart abzugrenzen, daß eine "Entscheidung, die nach dem GWB zu treffen ist, " (§ 96 GWB) immer dann anzunehmen ist, wenn sich der Rechtsstreit insgesamt nicht als eine Rechtsstreitigkeit darstellt, die sich aus dem GWB ergibt (§ 87 GWB). Die Abgrenzung hat also sowohl nach positiven wie nach negativen Kriterien zu erfolgen. Es muß -positiv- eine Entscheidung erforderlich sein, die nach dem GWB zu treffen ist, und der Gegenstand dieser Entscheidung darf sich -negativ- nicht zugleich als eine Rechtsstreitigkeit darstellen, die sich aus dem GWB ergibt. Ob eine "Entscheidung, die nach dem GWB zu treffen ist, " (§ 96 GWB) vorliegt, kann also jeweils nur entschieden werden, wenn zuvor festgestellt ist, daß sich die Rechtsstreitigkeit im ganzen nicht aus dem GWB ergibt (§ 87 GWB). Es ist daher zu klären, wann sich eine Rechtsstreitigkeit aus dem GWB ergibt. Diese Klärung kann jedoch an dieser Stelle noch nicht erfolgen, da die Umschreibung des Begriffs der "Rechtsstreitigkeit, die sich aus dem GWB ergibt," (§ 87 GWB) u.a. von den Konsequenzen abhängt, zu denen der Aussetzungszwang nach § 96 Abs. 2 GWB führt,³²⁾ so daß diese zunächst zu ermitteln sind. Es kann jedoch auch auf eine Klärung hier verzichtet werden. Denn die Lösung des Abgrenzungsproblems ergibt sich ohne weiteres, wenn festgestellt ist, wann eine "Rechtsstreitigkeit, die sich aus dem GWB ergibt," (§ 87 GWB) vorliegt, da die Kriterien einer "Entscheidung, die nach dem GWB zu treffen ist," (§ 96 GWB) bereits gefunden sind, und es sich immer dann um eine derartige Entscheidung handelt, wenn nicht der Rechtsstreit als ganzes eine Rechtsstreitigkeit darstellt, die sich aus dem GWB ergibt (§ 87 GWB).

II

Die Aussetzung durch das Nicht-Kartellgericht.

Die Aussetzung des Verfahrens hat durch Beschluß zu erfolgen.³³⁾ Ordnet das Gericht die Aussetzung an, so kann der Beschluß mit der

32) S. unten S. 35 ff.

33) Müller-Henneberg/Tiffert, Rn 7 zu § 96.

einfachen Beschwerde angefochten werden; wird die Aussetzung abgelehnt, ist als Rechtsmittel die sofortige Beschwerde gegeben (§ 252 ZPO). Falls die Voraussetzungen vorliegen, ist außerdem die weitere Beschwerde nach § 568 Abs. 2 ZPO möglich.

Nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung (§ 150 ZPO) ist das Nicht-Kartellgericht an seinen Aussetzungsbeschluß nicht gebunden. Es könnte diesen Beschluß daher auch dann noch aufheben, wenn das Verfahren vor dem zuständigen Kartellgericht bereits eingeleitet ist. Ebenso wäre die Beschwerde gegen die Aussetzung auch dann noch möglich, wenn das Kartellgericht bereits eingeschaltet worden ist.

Es erscheint jedoch fraglich, ob diese Regelung auf das Aussetzungsverfahren nach § 96 Abs. 2 GWB uneingeschränkt angewendet werden kann. Läßt man nämlich eine Anfechtung des Aussetzungsbeschlusses oder seine Aufhebung nach § 150 ZPO unbeschränkt zu, so kann das zur Folge haben, daß das bereits eingeleitete kartellgerichtliche Verfahren völlig in der Luft hängt. Wird nämlich der Aussetzungsbeschluß rückgängig gemacht, so ist die Tätigkeit des Kartellgerichts sinnlos, da seine Entscheidung nicht mehr benötigt wird. Daher erscheint es richtiger, die Möglichkeit der Aufhebung des Aussetzungsbeschlusses einzuschränken und seine Beseitigung nur so lange zuzulassen, als das Verfahren über die Entscheidung der kartellrechtlichen Frage bei dem Kartellgericht noch nicht anhängig ist. Mit Eintritt der Rechtshängigkeit bei dem Kartellgericht muß der Aussetzungsbeschluß unanfechtbar werden. Diese Lösung erscheint am klarsten und eindeutigsten und gewährleistet, daß das Kartellgericht nicht unnütz tätig zu werden braucht.

Es bleibt jedoch noch die Frage, wie zu verfahren ist, wenn der Aussetzungsbeschluß angefochten, und bevor im Beschwerdeverfahren eine endgültige Entscheidung ergeht, das Kartellgericht um seine Entscheidung angegangen wird. Man könnte erwägen, ob in einem solchen Falle die Anrufung des Kartellgerichts zu unterbleiben hätte, bis das Beschwerdeverfahren beendet ist. Für die Möglichkeit einer solchen Lösung bieten sich im Gesetz jedoch keine Anhaltspunkte. Es erscheint daher richtiger, die Anrufung des Kartellgerichts auch nach Einleitung des Beschwerdeverfahrens und während dessen Dauer für zulässig zu erachten. Das Kartellgericht könnte dann sein Verfahren in entsprechender Anwendung des § 148 ZPO solange aussetzen, bis das Beschwerdeverfahren entschieden ist. Dadurch

könnte eine unnötige Tätigkeit des Kartellgerichts für den Fall vermieden werden, daß der Aussetzungsbeschluß endgültig aufgehoben wird. Wird der Aussetzungsbeschluß endgültig aufgehoben, müßte in diesem Falle der Rechtsstreit vor dem Kartellgericht in der Hauptsache für erledigt erklärt werden.

Die vorstehend vorgeschlagene Lösung setzt allerdings für ihre praktische Anwendung voraus, daß das Kartellgericht in jedem Fall, in dem es gemäß § 96 Abs. 2 GWB angerufen wird, dem aussetzenden Nicht-Kartellgericht über die Tatsache und den Zeitpunkt seiner Anrufung Mitteilung macht, damit das Nicht-Kartellgericht vom Eintritt der Unanfechtbarkeit und Unaufhebbarkeit des Aussetzungsbeschlusses Kenntnis erhält. Ist der Aussetzungsbeschluß bereits vor Anrufung des Kartellgerichts angefochten worden, müßte das Nicht-Kartellgericht dies dem Kartellgericht ebenfalls mitteilen, damit letzteres sein Verfahren nach § 148 ZPO aussetzen kann.

III

Die Antragsbefugnis nach § 96 Abs. 2 S. 2 GWB.

1.) Gemäß § 96 Abs. 2 S. 2 GWB können diejenigen, die an dem ausgesetzten Rechtsstreit beteiligt sind, die für erforderlich erachteten Entscheidungen bei dem zuständigen Kartellgericht beantragen.³⁴⁾ Das Recht zur Antragstellung setzt also eine Beteiligung des Antragstellers an dem ausgesetzten Rechtsstreit voraus. Damit stellt sich die Frage, wann von einer Beteiligung am ausgesetzten Rechtsstreit die Rede sein kann.

Ohne Zweifel sind die Parteien des ausgesetzten Rechtsstreits Beteiligte i.S. des § 96 Abs. 2 S. 2 GWB. Jede der Parteien hat daher ein Antragsrecht. Macht eine Partei von diesem Recht Gebrauch, so wird auch die andere Partei an dem kartellgerichtlichen Verfahren beteiligt, weil die begehrte kartellgerichtliche Entscheidung gegen die gegnerische Partei des ausgesetzten Rechtsstreits erstritten werden muß. Denn das Verfahren vor den Kartellgerichten

³⁴⁾ Die Erörterung beschränkt sich im Rahmen dieser Arbeit auf das gerichtliche Verfahren.

unterscheidet sich, auch soweit es nach § 96 Abs. 2 GWB eingeleitet wird, verfahrensrechtlich seinem Wesen nach nicht von den anderen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, so daß auch an ihm die Parteien, wie im ausgesetzten Rechtsstreit, in ihrer Rolle als Kläger und Beklagte beteiligt sind.

An dem ausgesetzten Rechtsstreit können jedoch außer den Parteien noch Nebenintervenienten und Streithelfer beteiligt sein.³⁵⁾ Auch letzteren steht ein Antragsrecht nach § 96 Abs. 2 S. 2 GWB zu, da § 96 Abs. 2 S. 2 GWB ausdrücklich dieses Recht nicht auf die Parteien des ausgesetzten Rechtsstreits beschränkt, sondern den Kreis der Antragsberechtigten weit gezogen hat.

Allerdings ergeben sich dadurch systematische Schwierigkeiten. Da nämlich das kartellgerichtliche Verfahren parallel dem ausgesetzten Verfahren verlaufen muß, weil es ausschließlich dessen Ergänzung dient, ist es erforderlich, daß Identität zwischen den Parteien beider Verfahren besteht. Die Wahrung dieser Identität ist aber nicht ohne weiteres gegeben, wenn außer den Parteien noch sonstigen am Rechtsstreit beteiligten Dritten eine Antragslegitimation zugebilligt wird. Es fragt sich dann nämlich, ob bei einem Antrag nach § 96 Abs. 2 S. 2 GWB durch einen Dritten dieser als einziger an dem kartellgerichtlichen Verfahren beteiligt ist mit der Konsequenz, daß er auch die Kostenlast zu tragen hätte, oder ob auch in einem solchen Fall die Beteiligung der Parteien des ausgesetzten Rechtsstreits anzunehmen ist. Nur letztere Alternative erscheint richtig. Denn der Antrag des Dritten ist immer als für eine der Parteien gestellt zu werten. Der Nebenintervenient oder Streithelfer handelt nämlich nie für sich sondern immer mit Wirkung für die Partei, der er sich angeschlossen hat. Daher ist auch der Antrag nach § 96 Abs. 2 S. 2 GWB als mit Wirkung für diese Partei gestellt anzusehen. Die Berechtigung zu einer derartigen Auslegung ist dem § 67 ZPO zu entnehmen, wonach der Nebenintervenient alle Prozeßhandlungen für seine Partei wirksam vornehmen kann. Denn auch der zur Beendigung des ausgesetzten Rechtsstreits nach § 96 Abs. 2 S. 2 GWB erforderliche Antrag ist als Prozeßhandlung i.S. des § 67 ZPO anzusehen.

Diesem Ergebnis gegenüber kann nicht auf die Bestimmung des § 67 ZPO verwiesen werden, wonach der Nebenintervenient sich mit

35) Vgl. Müller-Henneberg/Tiffert, Rn 13 zu § 96

seinen Handlungen und Erklärungen nicht in Widerspruch zu den Handlungen und Erklärungen der Hauptpartei setzen darf. Denn in den Fällen, in denen die Hauptpartei ohne weitere Erklärungen einfach untätig bleibt, kann in dem Antrag nach § 96 Abs. 2 S. 2 GWB kein Widerspruch zu dem Verhalten der Hauptpartei gesehen werden. Von einem Widerspruch kann nämlich nur dann gesprochen werden, wenn das Vorgehen des Nebenintervenienten im Gegensatz steht zu dem Vorgehen der Hauptpartei. Ein Gegensatz liegt jedoch nicht vor, wenn der Nebenintervenient beim bloßen Untätigbleiben der Hauptpartei eine unterlassene Prozeßhandlung vornimmt.³⁶⁾ Hat die Hauptpartei dagegen ausdrücklich erklärt, sie wolle den Antrag nach § 96 Abs. 2 S. 2 GWB nicht stellen, so ist die Antragstellung nach der Bestimmung des § 67 ZPO auch dem Nebenintervenienten verwehrt. Zusammenfassend ist nach allem zu sagen, daß neben den Parteien auch ein Dritter den Antrag nach § 96 Abs. 2 S. 2 GWB stellen kann, in einem solchen Fall die Parteien des ausgesetzten Rechtsstreits gleichfalls an dem kartellgerichtlichen Verfahren beteiligt sind und demnach eine weite Umgrenzung der Antragsbefugnis in § 96 Abs. 2 S. 2 GWB keine Bedenken erweckt.

2.) Dem Antragsrecht der Beteiligten entspricht kein Antragszwang. Vielmehr steht es den Beteiligten frei, die zur Herbeiführung der kartellgerichtlichen Entscheidung notwendigen Schritte zu unternehmen oder zu unterlassen. Doch werden sich insoweit in der Praxis kaum Schwierigkeiten ergeben, da regelmäßig der Kläger an dem Erlaß der kartellgerichtlichen Entscheidung interessiert ist und sie infolgedessen unverzüglich beantragen wird. Sollte jedoch ausnahmsweise nach der Aussetzung des Rechtsstreits keiner der Beteiligten die erforderliche Entscheidung beantragen, so kann das Gericht, um den anhängigen Rechtsstreit zu Ende zu bringen, dem Kläger unter Fristsetzung aufgeben, die kartellgerichtliche Entscheidung zu beantragen. Die Auflage hat an den Kläger zu erfolgen, weil dieser durch die Erhebung seiner Klage die Ursache für die Anhängigkeit des Rechtsstreits gesetzt hat und daher in erster Linie verpflichtet ist, die für die sachgemäße Fortführung und Beendigung des Prozesses erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen.

36) Vgl. Baumbach-Lauterbach, Zivilprozeßordnung, Anm. 2 D u. 3 A zu § 67; Wieczorek, Großkommentar, Anm. B II b zu § 67

Für den Fall, daß der Kläger trotz der Aufforderung das kartellgerichtliche Verfahren gemäß § 96 Abs. 2 GWB nicht einleiten sollte, ist zu erwägen, welche Möglichkeiten das Nicht-Kartellgericht hat, das bei ihm anhängige und ausgesetzte Verfahren zum Abschluß zu bringen. Denn es kann nicht angehen, daß infolge der Untätigkeit der Parteien der Rechtsstreit vor dem Nicht-Kartellgericht unendlich lange schwebt. Gesetzlich ist der aufgezeigte Fall nicht geregelt. Es ist auch keine Regelung ersichtlich, die eine vergleichbare Sachlage betrifft und infolgedessen analog angewendet werden könnte.³⁷⁾ Es ist daher ein besonderer und eigengearteter Lösungsweg zu suchen. Dieser kann wie folgt aussehen:

Zunächst hat das Nicht-Kartellgericht seinen Aussetzungsbeschuß gemäß § 150 ZPO wieder aufzuheben. In dem fortzusetzenden Verfahren ist sodann zu unterstellen, daß das Kartellgericht die kartellrechtliche Frage zu Ungunsten des Klägers entschieden habe, und entsprechend, eventuell nach Lage der Akten gemäß § 251 a ZPO, zu erkennen. Die Unterstellung ist deswegen erforderlich, weil dem Nicht-Kartellgericht nach den §§ 87 Abs. 1, 96 Abs. 1 GWB verwehrt ist, selbst die kartellrechtliche Frage zu entscheiden. Andererseits muß das kartellrechtliche Glied in der Begründung des Urteils gewonnen werden. Das geschieht durch die Unterstellung, in der gleichzeitig zum Ausdruck kommt, daß es sich nicht um eine autorisierte Entscheidung von Rechtsfragen, sondern um eine aus praktischen Gründen erfolgte Fiktion handelt. Die Unterstellung hat zu Ungunsten des Klägers zu erfolgen, weil dieser, wie oben schon einmal erwähnt, der Urheber des Rechtsstreits ist, und deshalb eine von ihm zu vertretende unsachgemäße Prozeßführung zu seinen Lasten gehen muß. Es erschiene jedenfalls unbillig, den möglicherweise zu Unrecht mit dem Prozeß überzogenen Beklagten den Nachteil dafür tragen zu lassen, daß die kartellgerichtliche Entscheidung nicht erbracht wird.

37) Vergleichbar ist die Regelung in § 20 MSchG. Doch auch dort wird nur ein Aussetzungszwang postuliert. Es wird jedoch nicht gesagt, wie zu verfahren ist, wenn die Entscheidung der anderen Stelle nicht eingeholt wird. Rechtsprechung und Literatur haben sich mit dieser Frage bislang ebenfalls nicht befaßt: vgl. Bettermann, Mieterschutzgesetz, zu § 20; Roquette, Mieterschutzgesetz zu § 20.

IV

Die Entscheidungsverpflichtung des zuständigen Kartellgerichts.

Wenn ein an dem ausgesetzten Rechtsstreit Beteiligter bei dem zuständigen Kartellgericht einen Antrag auf Erlaß der für erforderlich erachteten kartellrechtlichen Entscheidung gestellt hat, so fragt es sich, ob das Kartellgericht auf diesen Antrag hin zur Entscheidung gezwungen ist, oder ob es eine Entscheidung verweigern kann, falls es das Vorliegen allgemeiner oder besonderer Entscheidungsvoraussetzungen verneint.³⁸⁾

Drei Gründe können das Kartellgericht zur Verweigerung der Entscheidung bestimmen:

- 1.) daß die für die beantragte Entscheidung speziell erforderlichen Voraussetzungen nicht gegeben seien;
- 2.) daß es bei dem ausgesetzten Rechtsstreit auf die Entscheidung der zur Beurteilung gestellten Frage überhaupt nicht ankomme;
- 3.) daß die verlangte Entscheidung gar nicht nach Kartellrecht zu treffen sei, es sich also gar nicht um eine "Entscheidung, die nach dem GWB zu treffen ist," handle.

- 1.) Der erstere Weigerungsgrund kann nur dann bestehen, wenn die im Aussetzungsverfahren beantragte kartellrechtliche Entscheidung einer besonderen Klageart unterfällt und infolgedessen auch besondere Entscheidungsvoraussetzungen erforderlich sind.

Soweit in der Rechtsprechung und Literatur zu dieser Frage Stellung genommen wird, wird die Meinung vertreten, bei der vor dem Kartellgericht zu erhebenden Klage handle es sich um eine Feststellungsklage.³⁹⁾ Es erscheint jedoch zweifelhaft, ob es sich bei einer Klage zur Herbeiführung einer Entscheidung, die nach dem GWB zu treffen ist, um eine Feststellungsklage handelt, wie sie in den §§ 256 ZPO, 43 VwGO geregelt ist. Wesentliches Merkmal einer Feststellungsklage ist nämlich, daß das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses mit der begehrten Entscheidung festgestellt werden soll. Wie oben⁴⁰⁾ im einzelnen ausgeführt worden ist, stellt eine Entscheidung, die nach dem GWB zu treffen

38) Letztere Möglichkeit bejaht Leo, aaO., GRUR 59,465.

39) BGH, Beschl. v. 9.7.58, WuW 58,692 ff.= WuW/E BGH 244 ff.; Leo, aaO.; eine andere Klageart kommt ohnehin nicht in Betracht.

40) S. 12 ff.

ist, jedoch nicht notwendig eine Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses dar, sondern wird häufig die Entscheidung einer Rechtsfrage sein, die zwar zu einem bestimmten Rechtsverhältnis in Beziehung stehen mag, deren Entscheidung jedoch nicht auch zugleich eine abschließende Entscheidung über das zugrunde liegende Rechtsverhältnis ist. Da also eine Klage vor den Kartellgerichten mit dem Ziele, eine Entscheidung, die nach dem GWB zu treffen ist, herbeizuführen, nach dem Gesetzeswortlaut und der Art der gesetzlichen Regelung kein Rechtsverhältnis als Entscheidungsobjekt voraussetzt und damit eine wesentliche bei einer Feststellungsklage erforderliche Voraussetzung nicht gegeben zu sein braucht, erscheint es unzulässig, die auf Grund des § 96 Abs. 2 GWB anzustreitende Klage mit einer Feststellungsklage gleichzusetzen.⁴¹⁾ Das bedeutet hinsichtlich der Entscheidungsvoraussetzungen, daß die bei einer Feststellungsklage erforderlichen Voraussetzungen bei der im Verfahren gemäß § 96 Abs. 2 GWB zu treffenden Entscheidung nicht vorzuliegen brauchen.⁴²⁾

Es kann jedoch eine analoge Anwendung der §§ 256 ZPO, 43 VwGO in Betracht kommen. Gegen eine solche Analogie sprechen aber folgende Überlegungen:

Der Gesetzgeber hat in § 96 Abs. 2 S. 2 GWB die Möglichkeit geschaffen, die von dem aussetzenden Gericht für erforderlich erachteten kartellrechtlichen Entscheidungen bei den zuständigen Instanzen einzuholen. Damit sollte gewährleistet sein, daß in jedem Fall über die kartellrechtliche Frage eine Entscheidung herbeigeführt werden kann. Eine derartige ausdrückliche Regelung wäre jedoch nicht erforderlich gewesen, wenn sich die Zuständigkeit der Kartellgerichte nach den allgemeinen oder besonderen verfahrensrechtlichen Bestimmungen richten sollte. In einem solchen Falle hätte § 96 Abs. 2 S. 2 GWB nur deklaratorische Bedeutung und der durch den Aussetzungszwang ohnehin stark erschwerte Rechtsschutz würde noch mehr eingeschränkt. Eine solche Konsequenz entspricht aber nicht dem Zweck der gesetzlichen Regelung. Es ist daher un-

41) Vgl. auch BGH, Urt. v. 23.4.59, WuW 59,820 = WuW/E BGH 318; insofern unterscheidet sich das Verfahren nach § 96 Abs. 2 GWB auch von dem Verfahren nach § 20 S. 3 MSchG, vgl. hierzu Bettermann, aaO., Rn 180 = 185 zu § 20; Roquette, aaO., Rn 20 zu § 20.

42) Vgl. Kuhlmann, Verfahrenswege bei Verstößen gegen das GWB, WRP 59,143.

zulässig, die Entscheidung des Kartellgerichts von dem Vorliegen zusätzlicher Voraussetzungen abhängig zu machen. Deshalb verbietet sich auch die analoge Anwendung der für die Feststellungsklage nach den §§ 256 ZPO, 43 VwGO geltenden Bestimmungen. Ein entsprechender Weigerungsgrund des Kartellgerichts besteht daher nicht.

2.) Mit der Begründung, für die Entscheidung des ausgesetzten Rechtsstreits komme es auf die Beurteilung der ihm vorgelegten Frage gar nicht an, kann das Kartellgericht nur dann seine Zuständigkeit verneinen, wenn es zu einer entsprechenden Nachprüfung befugt ist.

Für eine solche Befugnis spricht, daß der Aussetzungszwang und damit die Zuständigkeit der Kartellgerichte nur dann gegeben ist, wenn die Entscheidung des ausgesetzten Rechtsstreits von einer Entscheidung abhängt, die nach dem GWB zu treffen ist. Ist aber eine Abhängigkeit nicht gegeben, fehlt eine Voraussetzung für die Aussetzung. Gleichwohl kann eine Befugnis des Kartellgerichts, das Tatbestandsmerkmal "Abhängigkeit" zu überprüfen, nicht angenommen werden. Das führt zwar zu der Konsequenz, daß die Kartellgerichte - möglicherweise durch drei Instanzen - Fragen beurteilen, von denen sie wissen, daß es auf ihre Entscheidung nicht ankommt. Doch ist nach der gesetzlichen Regelung ein anderer Weg nicht möglich. Denn die Feststellung, ob die Entscheidung des gesamten Rechtsstreits von der Entscheidung der kartellrechtlichen Frage abhängt, obliegt nur dem aussetzenden Gericht, da das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals "Abhängigkeit" eine der Voraussetzungen für den Aussetzungszwang und daher nur für das aussetzende Gericht von Bedeutung ist. Hat das aussetzende Gericht die Abhängigkeit bejaht, so muß das Kartellgericht diese Entscheidung hinnehmen. Denn die Entscheidung, ob es auf die Beurteilung der kartellrechtlichen Frage ankommt, ist nur im Rahmen der Gesamtwürdigung der Rechtslage des ausgesetzten Prozesses zu treffen. Wird sie zu Unrecht im bejahenden Sinne getroffen, so bedeutet das, daß die Rechtslage insgesamt vom aussetzenden Gericht falsch beurteilt wird. Entsprechend stellt sich eine Nachprüfung des Kartellgerichts, ob die Entscheidung des ausgesetzten Rechtsstreits von der Entscheidung der kartellrechtlichen Frage abhängig ist, immer auch als eine Beurteilung der Rechtsansicht des aussetzenden Gerichts bezüglich der Rechtslage

im übrigen dar. Denn die Frage der Entscheidungserheblichkeit kann ohne eine solche Beurteilung nicht beantwortet werden. Das Kartellgericht ist jedoch nicht befugt, die Rechtsauffassung des aussetzenden Gerichts insgesamt zu überprüfen oder zu ihr Stellung zu nehmen. Denn es ist im Verhältnis zum aussetzenden Gericht nicht Rechtsmittelinstanz, sondern insoweit diesem gleichgeordnet. Aufgabe des Kartellgerichts ist es nur, die ihm vorgelegte kartellrechtliche Frage zu entscheiden, nicht jedoch, die Rechtsauffassung des aussetzenden Gerichts im ganzen verbindlich zu überprüfen. Es kann deshalb seine Zuständigkeit nicht mit der Begründung verneinen, die Entscheidung des ausgesetzten Rechtsstreits hänge nicht von der Entscheidung der ihm vorgelegten Frage ab. Dieses Argument steht vielmehr nur den am ausgesetzten Rechtsstreit beteiligten Parteien zu. Diese können mit ihm gegen die Aussetzung des Rechtsstreits Beschwerde einlegen.⁴³⁾ Nur auf diesem Wege kann überprüft werden, ob die Entscheidung des ausgesetzten Rechtsstreits von einer Entscheidung abhängt, die nach dem GWB zu treffen ist, und ob das Nicht-Kartellgericht das Verfahren insoweit zu Recht ausgesetzt hat oder nicht.

3.) Anders ist die Rechtslage jedoch, falls das Kartellgericht die Zulässigkeit einer Klage im Verfahren nach § 96 Abs. 2 GWB mit der Begründung verneint, bei der beantragten Entscheidung handele es sich gar nicht um eine "Entscheidung, die nach dem GWB zu treffen ist,". Denn mit diesem Argument verneint das Kartellgericht seine sachliche Zuständigkeit, die nur dann gegeben ist, wenn die Entscheidung nach dem GWB zu treffen ist. Zur Prüfung der eigenen sachlichen Zuständigkeit aber ist das Kartellgericht wie jedes andere Gericht⁴⁴⁾ befugt und verpflichtet. Es hat daher, bevor es in der Sache selbst tätig wird, festzustellen, ob seine Zuständigkeit auf Grund der Rechtsnatur der begehrten Entscheidung gegeben ist. Der Einwand, die beantragte Entscheidung sei nicht nach dem GWB zu treffen und die Zuständigkeit des Kartellgerichts deshalb nicht gegeben, ist daher grundsätzlich zulässig. Hält das Kartellgericht sich für unzuständig, so ist das aussetzende Nicht-Kar-

⁴³⁾ Vgl. oben S. 15 f.

⁴⁴⁾ Schönke-Schröder-Niese, Zivilprozeßrecht, S. 180; Rosenberg, Zivilprozeßrecht, § 38 I 3.

tellgericht selbst zur Entscheidung befugt und verpflichtet. Denn der Aussetzungszwang gilt nur für den Fall, in dem eine Entscheidung über eine kartellrechtliche Frage zu treffen ist. Ist das zuständige Kartellgericht jedoch der Ansicht, die Frage, deretwegen der Rechtsstreit ausgesetzt worden ist, beurteile sich nicht nach Kartellrecht, so hat das Prozeßgericht seiner Aussetzungspflicht genügt und muß, da ihm vom Kartellgericht die eigene Zuständigkeit bestätigt worden ist, den ausgesetzten Prozeß fortsetzen und selbst über die betreffende Frage entscheiden.⁴⁵⁾ Denn die Entscheidung des Kartellgerichts ist für das aussetzende Gericht verbindlich.⁴⁶⁾ Verfahrensrechtlich ergeben sich insoweit keine Schwierigkeiten, da das Prozeßgericht seinen Aussetzungsbeschluß gemäß § 150 ZPO wieder aufheben kann.⁴⁷⁾ Abschließend ist damit festzustellen, daß das Kartellgericht eine Entscheidung nur mit der Begründung verweigern kann, die ihm zur Entscheidung vorgelegte Rechtsfrage beurteile sich nicht nach dem GWB; in diesem Falle ist die Zuständigkeit des aussetzenden Gerichts gegeben.

V

Die Bindungswirkung der Entscheidung des Kartellgerichts.

Trifft das Kartellgericht die von ihm begehrte Entscheidung, so fragt es sich, inwieweit das aussetzende Gericht an die Entscheidung des Kartellgerichts gebunden ist.

1.) Überwiegend wird die Meinung vertreten, die Bindungswirkung der Entscheidung des Kartellgerichts entspreche der allgemeinen Rechtskraftwirkung,⁴⁸⁾ das Prozeßgericht sei an die Entscheidung des Kartellgerichts also nur soweit gebunden, als deren Rechtskraft reiche. Das würde bedeuten, daß nur der Tenor des kartellge-

45) Im Ergebnis ebenso, Leo, aaO., GRUR 59,465; vgl. auch Bettermann, Mieterschutzgesetz, Rn 186 zu § 20.

46) S. unten S. 26 ff.

47) Leo, aaO., GRUR 59,464; Müller-Henneberg/Tiffert, Rn 11 zu § 96.

48) Müller-Henneberg/Tiffert, Rn 10 zu § 96; Leo, aaO., GRUR 59,465; Baumbach-Hefermehl, Anm. 5 zu § 96 GWB.

richtlichen Urteils für das aussetzende Nicht-Kartellgericht bindend ist, die Entscheidungsgründe an der Rechtskraftbindung jedoch nicht teilhaben.⁴⁹⁾ Zwar sind Tatbestand und Entscheidungsgründe ganz allgemein nicht bedeutungslos für die Feststellung des Umfangs der Rechtskraftwirkung des Urteilstenors. So läßt sich der Umfang der Rechtskraft eines klagabweisenden Urteils regelmäßig nur unter Berücksichtigung von Tatbestand und Entscheidungsgründen ermitteln. Aber auch bei einem zusprechenden Urteil können die Entscheidungsgründe herangezogen werden, wenn z.B. die Urteilsformel nicht ganz klar ist,⁵⁰⁾ oder der Gegenstand der Entscheidung aus ihr nicht eindeutig hervorgeht.⁵¹⁾ Das hat jedoch nie zur Folge, daß die Entscheidungsgründe ihrerseits auch in Rechtskraft erwachsen. Wenn also eine Klage etwa aus § 985 BGB zugesprochen wird, so ist damit nicht zugleich rechtskräftig festgestellt, daß der Kläger Eigentümer des betreffenden Gegenstandes ist. Das bedeutet, daß in einem neuen Rechtsstreit das Gericht über die Frage des Eigentums selbständig und eventuell abweichend entscheiden kann und muß. Für die Meinung, die vorstehend skizzierte Regelung auch auf die Entscheidung des Kartellgerichts nach § 96 Abs. 2 GWB anzuwenden, spricht, daß das deutsche Recht eine Bindung an Gerichtsentscheidungen, die nicht von einem im Instanzenzug übergeordneten Gericht getroffen sind,⁵²⁾ nur im Rahmen der Rechtskraft kennt.⁵³⁾ Es erscheint jedoch fraglich, ob die Bindung der kartellgerichtlichen Entscheidung mit der durch die Rechtskraft entstehenden Bindungswirkung gleichgesetzt werden kann.

2.) Die Rechtskraftwirkung eines Urteils besagt, daß sich aus einem bestimmten Tatbestand eine bestimmte Rechtsfolge ergebe oder nicht ergebe, und daß die an dem Rechtsstreit Beteiligten an die in dem Urteil über die Rechtsfolge getroffene Entscheidung im

49) Vgl. Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Anm. VII zu § 322; Rosenberg, Zivilprozeßrecht, § 150 I, II; Wieczorek, Großkommentar, Anm. E IV b zu § 322.

50) RG SeuffArch 84 Nr. 204.

51) BGH NJW 51,837; zu allem vgl. auch Schönke-Schröder-Niese, § 73 III 4.

52) Für diese trifft § 565 Abs. 2 ZPO eine Sonderregelung.

53) Von der Bindungswirkung der Rechtskraft ist die Tatbestandswirkung zu unterscheiden, die kein Rechtskraftproblem darstellt: vgl. Müller-Henneberg/Tiffert, Rn 10 zu § 96.

Rahmen der Rechtskraft gebunden sind.⁵⁴⁾

Die Rechtskraftwirkung ist also einmal objektiv, insofern über die aus einem bestimmten Tatbestand sich ergebende Rechtsfolge entschieden ist, und zum anderen subjektiv, insofern diese Entscheidung bindende Wirkung nur für die Parteien hat, die den unterschiedenen Rechtsstreit geführt haben.

Hinsichtlich der subjektiven Grenzen der Rechtskraft ergeben sich keine Besonderheiten. Zwar sind nach § 96 Abs. 2 S. 2 GWB nicht nur die Parteien des ausgesetzten Rechtsstreits zur Einleitung des kartellgerichtlichen Verfahrens befugt, sondern alle, die an dem ausgesetzten Rechtsstreit beteiligt sind. Diese weite Antragsbefugnis hat jedoch nicht zur Folge, daß an dem kartellgerichtlichen Verfahren andere Parteien beteiligt sind, als an dem ausgesetzten Rechtsstreit, da der Antrag auf Erlaß der Entscheidung nach § 96 Abs. 2 GWB, auch wenn er nicht von einer der Parteien gestellt wird, immer für und gegen diese wirkt und damit die Parteien in der Parteirolle an dem kartellgerichtlichen Verfahren beteiligt.⁵⁵⁾

Die Parteien des ausgesetzten Rechtsstreits und des kartellgerichtlichen Verfahrens sind also immer identisch. Das bedeutet, daß die kartellgerichtliche Entscheidung in jedem Fall bindende Wirkung für den ausgesetzten Rechtsstreit hat, auch soweit eine Bindungswirkung nur im Rahmen der subjektiven Grenzen der Rechtskraft angenommen wird. Es ergeben sich daher keine Bedenken, eine Bindungswirkung der kartellgerichtlichen Entscheidung nur im Rahmen der subjektiven Grenzen der Rechtskraft anzunehmen, da durch die Beschränkung der mit dem Aussetzungszwang erstrebte Erfolg, eine auch für den ausgesetzten Rechtsstreit verbindliche Entscheidung über die kartellrechtlichen Fragen herbeizuführen, nicht beeinträchtigt wird.

Dagegen erscheint es nicht richtig, eine Bindungswirkung des kartellgerichtlichen Urteils nur in den Schranken, wie sie die objektiven Grenzen der Rechtskraft ziehen, anzunehmen. Die Frage der Bindungswirkung ist keine Frage der Logik, sondern nach Zweckmäßigkeitss Gesichtspunkten zu beantworten.⁵⁶⁾ Sinn und Zweck des

54) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Anm. V i zu § 322; Baumbach-Lauterbach, Anm. 1 Einf. zu den §§ 322 - 327; Schönke-Schröder-Niese, § 73 V; Lent-Jauernig, Zivilprozeßrecht, § 62 II.

55) S. oben S. 18.

56) Brox, Die Bindung des Richters an Entscheidungen anderer Gerichte, ZZP 73, 52.

Aussetzungszwanges aber lassen es nicht zu, die Bindungswirkung der kartellgerichtlichen Entscheidung durch Anwendung der allgemeinen Grundsätze der Rechtskraftbindung zu beschränken und damit ihre Erstreckung auf die Entscheidungsgründe zu verneinen. Denn der Aussetzungszwang soll gewährleisten, daß nur die Kartellgerichte Ausführungen zu Fragen des Kartellrechts machen. Von dem Recht und der Pflicht zu derartigen Ausführungen werden die übrigen Gerichte aber nur dann frei, wenn die Entscheidung des Kartellgerichts über die kartellrechtliche Frage eine Stellungnahme des aussetzenden Nicht-Kartellgerichts zu dieser Frage erübrigt. Das wiederum ist jedoch nur dann der Fall, wenn die Entscheidung des Kartellgerichts für das aussetzende Gericht in vollem Umfang verbindlich ist derart, daß sie an die Stelle eigener Rechtsausführungen des aussetzenden Gerichts zu der kartellrechtlichen Frage tritt. Um dem Sinn und Zweck des Aussetzungszwanges genügen zu können, ist es daher erforderlich, daß die Entscheidung des Kartellgerichts das aussetzende Gericht in vollem Umfang bindet.⁵⁷⁾ Zu fragen bleibt nur noch, wie der Umfang dieser Bindung zu bestimmen ist. Bei der Beantwortung ist auszugehen von dem Aufbau des kartellgerichtlichen Urteils. Dieses wird in der Regel als Urteilstenor die Antwort auf die dem Gericht zur Entscheidung gestellte Frage enthalten und in den Gründen ausführen, welche Überlegungen zu der getroffenen Entscheidung geführt haben. Geht man nun von den im vorhergehenden Abschnitt angestellten Überlegungen aus, so ergibt sich die Konsequenz, daß auch die Entscheidungsgründe an der bindenden Wirkung des Urteils teilhaben müssen. Das aussetzende Gericht wird nämlich in der Regel nicht damit auskommen, nur den vom Kartellgericht formulierten Urteilstenor in seine Entscheidung aufzunehmen. Es wird vielmehr für diesen Leitsatz auch eine Begründung geben müssen. Zu dieser Begründung ist es aber selbst nicht befugt, da ihm Ausführungen zu Fragen des Kartellrechts verwehrt sind. Es muß daher auf die Begründung des Kartellgerichts zurückgreifen und diese übernehmen. Die bindende Wirkung des kartellgerichtlichen Urteils muß sich deshalb auf die Entscheidungsgründe erstrecken. Die Erstreckung der bindenden Wir-

57) Vgl. BGH, Beschl. v. 10.7.58, WuW 60,285 = WuW/E BGH 349; ähnlich auch Loos, In welchem Verfahren wird über die kartellrechtliche Zulässigkeit von vertikalen Preisbindungen (§ 16 GWB) entschieden? NJW 58,1905.

kung auf die Entscheidungsgründe ergibt sich also aus dem Sinn und Zweck des Aussetzungszwanges. Sie ist insofern gerechtfertigt und folgt damit anderen Fällen, in denen eine Erweiterung der Rechtskraftwirkung auf die Entscheidungsgründe sachdienlich erscheint.⁵⁸⁾

VI

Das Verhältnis von § 148 ZPO und § 96 Abs. 2 GWB.

Da sowohl § 148 ZPO als auch § 96 Abs. 2 GWB eine Aussetzung des Rechtsstreits ermöglicht, fragt es sich, wie die Anwendungsbereiche dieser beiden Vorschriften voneinander abzugrenzen sind. Bei einer Abgrenzung ist zunächst der Anwendungsbereich des § 96 Abs. 2 GWB festzulegen, da diese Bestimmung als die speziellere und jüngere Vorschrift die Anwendung des § 148 ZPO soweit ausschließt, als ihr Anwendungsgebiet reicht.⁵⁹⁾

Der Anwendungsbereich des § 96 Abs. 2 GWB ist nach seiner besonderen Funktion zu bestimmen. Diese besteht darin, zu verhindern, daß nicht zur Entscheidung von Kartellrechtsfragen zuständige Gerichte Ausführungen zu Fragen des Kartellrechts machen und Entscheidungen auf diesem Rechtsgebiet treffen. § 96 Abs. 2 GWB greift daher nur dann ein, wenn ein Gericht, das zur Entscheidung von Kartellrechtsfragen nicht befugt ist, eine Entscheidung zu fällen hat, die nach dem GWB zu treffen ist, da nur in diesem Fall die Sperrfunktion des § 96 Abs. 2 GWB wirksam wird.⁶⁰⁾ Ist dagegen das Gericht selbst zur Entscheidung der kartellrechtlichen Fragen befugt, so besteht kein Anlaß, es zur Aussetzung zu zwingen. Will das erkennende Gericht gleichwohl in einem solchen Fall im Hinblick auf die Entscheidung einer kartellrechtlichen Frage den Rechtsstreit aussetzen, so steht das in seinem pflichtgemäßen Ermessen und hat gemäß § 148 ZPO zu erfolgen. Die Anwendungsbereiche der §§ 96 Abs. 2 GWB und 148 ZPO sind demnach so abzugrenzen, daß nach § 96 Abs. 2 GWB nur dann auszusetzen ist, wenn das

58) Geiger, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, S. 114 f.; Lechner, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, S. 180 f.

59) Kellermann, aaO., WuW 58,519 f.; hierzu auch Möhring, Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, NJW 63,137.

60) Kellermann, aaO., WuW 58,520.

erkennende Gericht selbst nicht zuständig ist, also eine Aussetzung erfolgen muß, während § 148 ZPO immer dann Anwendung findet, wenn das Gericht selbst zuständig ist und selbst entscheiden könnte, die Aussetzung also nur aus Zweckmäßigkeitserwägungen nach pflichtgemäßem Ermessen erfolgt.⁶¹⁾

VII

Der Aussetzungszwang im Verwaltungsstreitverfahren und im Strafprozeß.

§ 96 Abs. 2 GWB ordnet einen Aussetzungszwang allgemein für jeden Rechtsstreit an, dessen Entscheidung ganz oder teilweise von einer Entscheidung abhängt, die nach dem GWB zu treffen ist. Es fragt sich daher, ob außer im Zivilprozeß auch in anderen Verfahren ein Aussetzungszwang besteht.

1.

Der Aussetzungszwang im Verwaltungsstreitverfahren.

Aus der Natur des Verwaltungsstreitverfahrens heraus ergeben sich keine Bedenken, in ihm den Aussetzungszwang durchgreifen zu lassen. Denn die öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art stellen verfahrensrechtlich ebenso einen Rechtsstreit dar, wie die in § 87 GWB angeführten bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. Die Unterschiede und damit die verschiedenen Rechtswege ergeben sich aus materiellem Recht, nämlich daraus, ob die rechtlichen Beziehungen, über die gestritten wird, dem Privatrecht oder dem öffentlichen Recht angehören. Sie sind jedoch für die Frage, ob verfahrensrechtlich ein Rechtsstreit i.S. des § 96 Abs. 2 GWB gegeben ist, ohne Bedeutung.⁶²⁾

Es läßt sich auch nicht einwenden, das Verwaltungsstreitverfahren sei seiner Art nach für eine Aussetzung nicht geeignet, da § 94 VwGO ähnlich wie § 148 ZPO eine Aussetzungsmöglichkeit vorsieht.

61) Vgl. auch Kellermann, aaO.

62) Vgl. hierzu Ule, Anm. II zu § 40.

Gleichwohl hat der Kartellsenat beim BGH in seinem Urteil vom 23. 1.1964⁶³⁾ die Zulässigkeit bzw. Notwendigkeit einer Aussetzung nach § 96 Abs. 2 GWB im Rahmen eines Verwaltungsstreitverfahrens verneint.

Der Kartellsenat untersucht in dem genannten Urteil zunächst,⁶⁴⁾ ob sich die Zulässigkeit des Rechtswegs vor den ordentlichen Gerichten für die Entscheidung des gesamten Rechtsstreits aus § 96 Abs. 2 S. 1 GWB ergibt. Diese Erwägung ist jedoch abwegig. Denn es ist schon nach dem Wortlaut des § 96 Abs. 2 S. 1 GWB unzweifelhaft, daß dieser keinerlei Kompetenzen zur umfassenden und abschließenden Entscheidung einer Klage schafft, sondern lediglich die Zuständigkeit der Kartellgerichte dahin erweitert, daß sie auch dann gegeben ist, wenn in einem Rechtsstreit, der als Ganzes nicht vor die Kartellgerichte gehört, die Entscheidung kartellrechtlicher Fragen erforderlich wird. Dann sollen nach § 96 Abs. 2 GWB die Kartellgerichte auch zur Entscheidung dieser Fragen zuständig sein, während der Rechtsstreit im ganzen der Zuständigkeit des Nicht-Kartellgerichts verbleibt.⁶⁵⁾

Weiter prüft der Kartellsenat sodann, ob eine Aussetzung des Rechtsstreits hinsichtlich der kartellrechtlichen Frage zu erfolgen hat. Der Senat verneint diese Frage und begründet seine Meinung mit der Behauptung, die Anwendung des § 96 Abs. 2 GWB sei davon abhängig, daß zur Entscheidung der kartellrechtlichen Frage, von der die Entscheidung des auszusetzenden Rechtsstreits abhängt, eine Behörde oder ein Gericht "nach diesem Gesetz zuständig" sei. Die "Zuständigkeit" einer Behörde oder eines Gerichts nach dem GWB sei demnach Voraussetzung und nicht Folge des in § 96 Abs. 2 GWB normierten Aussetzungszwanges.

Dieser Argumentation kann jedoch nicht gefolgt werden. Sie würde nämlich dazu führen, daß die Zuständigkeit der Kartellgerichte für Entscheidungen, die i.S. des § 96 Abs. 2 S. 1 GWB nach dem Kartellgesetz zu treffen sind, in keinem Fall gegeben wäre. Das ergibt sich aus folgendem Beispiel:

In einem bürgerlichen Rechtsstreit, der als Ganzes nicht vor die Kartellgerichte gehört, muß über eine kartellrechtliche Frage ent-

63) NJW 64,1518 ff.

64) AaO., NJW 64,1519 unter d.

65) Vgl. hierzu im einzelnen oben S. 9 f. und S. 14 f.

schieden werden, da die Entscheidung des Rechtsstreits von der Beantwortung dieser Frage abhängt. Nach der Auffassung des Kartellsenats beim BGH wäre also zu prüfen, ob im Kartellgesetz eine Vorschrift vorhanden ist, die für die Prüfung der kartellrechtlichen Frage die Zuständigkeit der Kartellgerichte⁶⁶⁾ begründet. In Frage kommen hier nur die §§ 87 Abs. 1 und 96 Abs. 2 GWB. Letztere Vorschrift scheidet jedoch nach Meinung des Kartellsenats aus, da sie nicht zuständigkeitsbegründend, sondern nur dann anwendbar sein soll, wenn durch andere Bestimmungen die Zuständigkeit der Kartellgerichte eröffnet ist. So bliebe also allein § 87 Abs. 1 GWB. Aus § 87 Abs. 1 GWB läßt sich im angenommenen Fall die Zuständigkeit der Kartellgerichte jedoch nicht herleiten. Denn § 87 Abs. 1 GWB begründet die Zuständigkeit der Kartellgerichte nur, wenn der Rechtsstreit als Ganzes eine Kartellstreitigkeit ist.⁶⁷⁾ Das würde bedeuten, daß eine Zuständigkeit der Kartellgerichte überhaupt nicht gegeben wäre und das Nicht-Kartellgericht folglich über die kartellrechtliche Frage selbst entscheiden könnte, da die Voraussetzungen des Aussetzungszwanges nach § 96 Abs. 2 GWB nicht gegeben sind. Würde man also der Auffassung des BGH folgen, daß das Vorhandensein einer kartellgerichtlichen Zuständigkeit Voraussetzung für den in § 96 Abs. 2 S. 1 GWB normierten Aussetzungszwang ist, so bestände keine Möglichkeit, in den bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, die ihrem Gesamtcharakter nach nicht Kartellstreitigkeiten sind, sondern lediglich die Entscheidung einer kartellrechtlichen Frage erfordern, über die kartellrechtliche Frage die Entscheidung eines Kartellgerichts herbeizuführen. Dieses Ergebnis steht jedoch in völligem Widerspruch zu Sinn und Zweck der in § 96 Abs. 2 GWB getroffenen Regelung, durch die gerade vermieden werden soll, daß nicht zur Entscheidung von Kartellstreitsachen berufene Gerichte kartellrechtliche Fragen beurteilen und entscheiden.⁶⁸⁾ Der Satz des Kartellsenats beim BGH, die Zuständigkeit eines Gerichts nach dem GWB sei Voraussetzung und nicht Folge des in § 96 Abs. 2 S. 1 GWB normierten Aussetzungszwanges, kann daher mit Rücksicht auf die dargelegten Konsequenzen, zu denen er führt, nicht richtig sein.

66) Es wird davon ausgegangen, daß die Zuständigkeit einer Kartellbehörde nicht in Betracht kommt.

67) Vgl. hierzu oben S. 9 ff. und S. 13 ff.

68) Oben S. 14 und Anm. 28 ebenda.

Richtig erscheint vielmehr die auch vom OLG Stuttgart und dem Bundeskartellamt⁶⁹⁾ vertretene gegenteilige Auffassung, die Zuständigkeit der Kartellgerichte sei Folge des Aussetzungszwanges nach § 96 Abs. 2 S. 1 GWB, letztere Vorschrift also eine Erweiterung der Zuständigkeitsregelung aus § 87 Abs. 1 GWB und damit ihrerseits zuständigkeitsbegründend. Denn allein eine solche Auslegung des § 96 Abs. 2 GWB gibt die Möglichkeit, dem Sinn und Zweck des Aussetzungszwanges gerecht zu werden, und auch in all' den Fällen die Kartellgerichte einzuschalten, in denen im Rahmen einer Nicht-Kartellstreitsache die Entscheidung einer kartellrechtlichen Frage erforderlich ist.

Nach allem erscheint somit die Behauptung des Kartellsenats beim BGH, die Zuständigkeit eines Gerichts nach dem GWB sei Voraussetzung und nicht Folge des Aussetzungszwanges nach § 96 Abs. 2 GWB, als unhaltbar.

Damit ist allerdings noch nicht festgestellt, daß auch die weitere Behauptung des Kartellsenats, eine Aussetzung komme im Verwaltungsstreitverfahren deshalb nicht in Betracht, weil in den §§ 87 ff. GWB die Zuständigkeit der Kartellgerichte nur für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten eröffnet sei, unrichtig ist. Doch ergeben sich auch gegen diese Auffassung erhebliche Bedenken.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß sie ihre Wurzel in der als unrichtig erkannten Behauptung über den Charakter der Aussetzungsvorschrift des § 96 Abs. 2 GWB hat. Denn wenn § 96 Abs. 2 GWB nicht zuständigkeitsbegründend sein soll, kann durch ihn konsequenterweise auch nicht die Möglichkeit eröffnet werden, für kartellrechtliche Fragen, die sich in einem Verwaltungsstreitverfahren ergeben, die Zuständigkeit der Kartellgerichte zu begründen.

Darüberhinaus ist gegen die Argumentation des Kartellsenats beim BGH noch folgendes anzuführen:

- 1.) § 96 GWB steht im Vierten Abschnitt des GWB, der die Überschrift trägt "Gemeinsame Bestimmungen". Daraus folgt, daß er seiner systematischen Stellung nach ohne weiteres auch im Rahmen eines Verwaltungsstreitverfahrens angewendet werden kann.
- 2.) Die Darlegung des Kartellsenats, bei der Aussetzung eines Verwaltungsstreitverfahrens nach § 96 Abs. 2 GWB trage auch das Zwi-

69) Erwähnt in dem bereits zitierten Urteil des Kartellsenats beim BGH, NJW 64,1518,1520.

schenverfahren öffentlich-rechtlichen Charakter,⁷⁰⁾ ist nicht zwingend. Denn wenn man davon ausgeht, daß sich der Charakter einer Rechtsstreitigkeit nach der materiell-rechtlichen Art der zu beurteilenden Rechtsbeziehungen bestimmt, so erscheint sehr wohl die Auffassung haltbar, daß es sich bei dem Zwischenverfahren nach § 96 Abs. 2 GWB gar nicht um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handelt, sondern um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit, da in ihm eine Frage des Wettbewerbsrechts und damit eine bürgerlich-rechtliche Frage zur Entscheidung steht. Dann aber wäre das Argument des Kartellsenats schon unter diesem Gesichtspunkt nicht haltbar.

Abschließend und zusammenfassend ist nach allem zu sagen, daß die Argumente, die der Kartellsenat beim BGH gegen die Anwendung des Aussetzungszwanges nach § 96 Abs. 2 GWB im Rahmen eines Verwaltungsstreitverfahrens anführt, zum Teil in keiner Weise zwingend, zum Teil aber auch geradezu unrichtig sind, so daß ihnen nicht gefolgt werden kann. Es erscheint vielmehr richtig, den Aussetzungszwang auch im Verwaltungsstreitverfahren durchgreifen zu lassen.⁷¹⁾ Denn nur dann ist gewährleistet, daß die Entscheidung über kartellrechtliche Fragen so weit wie möglich - dem Sinn und Zweck des Aussetzungszwanges entsprechend - bei den Kartellgerichten konzentriert ist.

2.

Der Aussetzungszwang im Strafprozeß.

Da § 96 Abs. 2 GWB gewährleisten soll, daß nur die nach dem GWB zuständigen Instanzen mit der Entscheidung kartellrechtlicher Fragen befaßt werden, ergibt sich die Frage, ob auch im Strafprozeß eine Aussetzung zu erfolgen hat, falls das Urteil die Entscheidung einer kartellrechtlichen Frage voraussetzt.

Bei der Lösung dieses Problems ist von den Grundsätzen auszugehen, die das Strafverfahren beherrschen. Und zwar sind hier die Grundsätze der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit zu berücksichtigen. Diese bedeuten, daß Urteilsgrundlage nur der in der mündlichen Ver-

⁷⁰⁾ AaO., NJW 64, 1520.

⁷¹⁾ Ebenso Müller-Henneberg/Tiffert, Rn 4 zu § 96.

handlung vorgetragene Prozeßstoff sein kann.⁷²⁾ Das Gericht soll sich sein Urteil nur auf Grund unmittelbarer sinnlicher Wahrnehmung der vorhandenen Beweismittel bilden.⁷³⁾ Diese Möglichkeit ist jedoch nicht mehr gegeben, wenn das Strafverfahren gemäß § 96 Abs. 2 GWB ausgesetzt wird. Und zwar gilt das in zweifacher Hinsicht: Einmal nämlich muß das Kartellgericht seine Entscheidung nach Lage der Akten treffen, so wie diese ihm vom aussetzenden Gericht zugestellt werden, und zum anderen schiebt sich auch beim aussetzenden Gericht zwischen die eigene Erkenntnis und das zu fällende Urteil die Entscheidung des Kartellgerichts, an die das aussetzende Gericht gebunden wäre. Eine Aussetzung, wie sie § 96 Abs. 2 GWB vorsieht, ist daher nicht mit den Grundsätzen der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit vereinbar. Darüberhinaus läßt sich aber auch aus dem Wortlaut und dem Aufbau des § 96 Abs. 2 GWB ableiten, daß seine Anwendung im Strafverfahren ausscheiden muß. Denn das Strafverfahren ist kein Rechtsstreit in dem Sinne, wie ihn die Zivilprozeßordnung und die §§ 87, 96 GWB verstehen,⁷⁴⁾ Es stehen sich in ihm nicht zwei gleichberechtigte Parteien gegenüber, die individuelle Ansprüche durchsetzen wollen, sondern der Strafprozeß ist ein obrigkeitliches Verfahren, in dem sich der die Strafverfolgung betreibende Staat und der Angeklagte im Verhältnis der Über- und Unterordnung gegenüberstehen. In einem solchen Verfahren ist für eine Regelung, wie sie § 96 Abs. 2 S. 2 GWB vorsieht, kein Raum.

Aus allen diesen Gründen ergibt sich demnach, daß eine Aussetzung gemäß § 96 Abs. 2 GWB im Strafprozeß nicht möglich ist.

VIII

Die Auswirkungen des "Aussetzungszwanges auf die Rechtsverfolgung.

Abschließend ist zu untersuchen, welche Konsequenzen sich aus dem

72) Schmidt, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I Nr. 350; Henkel, Strafverfahrensrecht, S. 374.

73) Schmidt, Lehrkommentar, Teil I Nr. 351; Peters, Strafprozeß, S. 476.

74) Vgl. hierzu Henkel, Strafverfahrensrecht, § 27; Peters, Strafprozeß, S. 16 ff.

Zwang zur Aussetzung für die Verfolgung des Klageanspruchs und seine Durchsetzung ergeben, da, wie bereits oben⁷⁵⁾ dargelegt, eine dahingehende Klärung erforderlich ist, um eine sachgerechte Umschreibung der Kartellstreitigkeit i.S. des § 87 Abs. 1 GWB vornehmen zu können.

1.) Die Aussetzung eines Rechtsstreits ist regelmäßig mit einer erheblichen Verzögerung der begehrten Entscheidung verbunden.⁷⁶⁾ Wie erheblich eine solche Verzögerung sein kann, wird deutlich, wenn man bedenkt, daß sich das Verfahren vor den Kartellgerichten über drei Instanzen erstrecken kann. Es ist wohl zutreffend, eine Rechtsverfolgung durch drei Instanzen mit einem Zeitverlust von mindestens zwei Jahren gleichzusetzen. Dazu kommt, daß auch der ausgesetzte Rechtsstreit seinerseits über drei Instanzen gehen kann, so daß sich eine Prozeßdauer von insgesamt vier bis fünf Jahren ergeben würde. Ganz allgemein wird man sagen können, daß ein Rechtsschutz, der sich nur mit einer Verzögerung von mehreren Jahren erwirken läßt, von zweifelhaftem Wert ist und oftmals ganz wertlos sein dürfte. Das gilt besonders im Wirtschaftsleben mit seinen sich ständig ändernden Gegebenheiten. Hier kann ein Anspruch, der heute noch realisiert werden kann, bereits morgen wertlos sein. Ebenso ist es keineswegs ausgeschlossen und unwahrscheinlich, daß die Existenz des Klägers davon abhängig sein kann, wie schnell es ihm gelingt, seinen Klaganspruch durchzusetzen. Dazu kommt, daß der Aussetzungszwang gerade im Verfahren zwecks Erlaß einer einstweiligen Verfügung, also eines besonders wichtigen Mittels zu schneller Rechtsverfolgung, erhebliche Schwierigkeiten bereitet. Bejaht man die Geltung des § 96 Abs. 2 GWB für dieses Verfahren, so wird dessen Zweck, die schnelle Sicherung der Rechte des Antragstellers, vereitelt. Verneint man jedoch einen Aussetzungszwang, so erscheint das mit dem zwingenden Charakter des § 96 Abs. 2 GWB kaum vereinbar.⁷⁷⁾

2.) Zu dem Nachteil der Prozeßverzögerung kommt in den meisten

75) S. 11 f.

76) Leo, aaO., GRUR 59,466; Völp, Verfahrensrechtliche Schwierigkeiten beim Preisschutz von Markenwaren, WuW 59,404; Jungbluth, aaO., DRiZ 60,144; vgl. auch BGH, Beschl. v. 9.7.58, WuW 58,698 = WuW/E BGH 250; Bock, Anm. in LM Nr. 4 zu § 96 GWB Bl. 2R.

77) Einzelheiten zu diesem Problem s. unten S. 64 ff.

Fällen hinzu, daß sich das Kostenrisiko der Rechtsverfolgung in einem kaum erträglichen Maße erhöht.⁷⁸⁾ Denn während zunächst nur ein bestimmter Unterlassungsanspruch oder ein fest bezifferter Schadensersatzanspruch zur Entscheidung stand, kann im kartellgerichtlichen Verfahren ein ganzes Vertragssystem horizontaler oder vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen zum Gegenstand der Beurteilung werden. Damit aber wird das Kostenrisiko unübersehbar und infolgedessen häufig untragbar. Wegen der verfahrensrechtlichen Selbständigkeit des Ausgangsprozesses und des kartellgerichtlichen Verfahrens wird sich auch eine Beschränkung des Kostenrisikos etwa dadurch, daß die Kosten des kartellgerichtlichen Verfahrens nach dem im Ausgangsverfahren geltend gemachten Anspruch berechnet werden, kaum rechtfertigen lassen. Aber auch wenn eine Begrenzung möglich wäre, bliebe immer noch der Nachteil der Prozeßverdoppelung⁷⁹⁾ und Kostenverdoppelung.

3.) Weiter darf auch nicht übersehen werden, daß das Aussetzungsverfahren wegen seiner eigenwilligen Regelung zu einer beträchtlichen Rechtsunsicherheit für die Prozeßbeteiligten führt. Das gilt bereits hinsichtlich des Aussetzungsbeschlusses selbst. Die Probleme, die mit seiner Aufhebung und Anfechtung zusammenhängen, bedürfen dringend einer verbindlichen Entscheidung, damit sowohl die Parteien als auch die Gerichte einen sicheren Weg haben, auf dem das Recht verfolgt und gesprochen werden kann. Entsprechendes gilt für die Fragen, die sich stellen, wenn keine der Parteien die erforderliche kartellgerichtliche Entscheidung einholt.⁸⁰⁾ Auch hier ist eine eindeutige Klärung unbedingt notwendig. Eine erhebliche Unsicherheit ergibt sich weiterhin daraus, daß über die Bindungswirkung der kartellgerichtlichen Entscheidung keine Klarheit besteht. Solange hier keine umfassende Bindung angenommen wird,⁸¹⁾ kann es geschehen, daß das Prozeßgericht in seiner Urteilsbegründung von der Entscheidung des Kartellgerichts abweicht und diese dadurch entwertet. Schließlich ist darauf hinzuweisen, daß der BGH bei seiner Grundsatzentscheidung zu sehr die Belange der Kartellgerichte und zu wenig die Interessen der Rechtsprechung ins-

78) Völp, aaO., WuW 59,404; Leo, aaO., GRUR 59,466.

79) Jungbluth, aaO., DRiZ 60,144.

80) S. oben S. 19 f.

81) S. oben S. 25 ff.

gesamt im Auge gehabt hat. Denn er hat nicht nur übersehen, daß der Aussetzungszwang zu einer Verdoppelung der Verfahren und damit zu einer erhöhten arbeitsmäßigen Belastung der Rechtsprechung führt, sondern er hat auch nicht die Nachteile berücksichtigt, die sich daraus ergeben, daß an einer Entscheidung zwei Gerichte mitwirken, die in ihren Rechtsansichten unabhängig voneinander sind. Es kann daher sein, daß das aussetzende Gericht einen rechtlichen Ausgangspunkt wählt, von dem aus die Entscheidung des Kartellgerichts nur schwer in die gesamte Urteilsbegründung einzugliedern ist, so daß sich ein Urteil ergibt, dem man anmerkt, daß es zwei Urheber hat, und das infolgedessen in seiner Begründung uneinheitlich und daher wenig überzeugend ist.

Zusammenfassend läßt sich nach allem feststellen, daß der Aussetzungszwang gemäß § 96 Abs. 2 GWB den Prozeßbeteiligten eine solche Zahl von Nachteilen hinsichtlich der Rechtsverfolgung bringt, daß jede rechtliche Möglichkeit, ihn einzuschränken, genutzt werden muß.⁸²⁾

Vierter Abschnitt:

Begriff der bürgerlichen Kartellstreitigkeit.

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen kennt den Begriff "Kartellstreitigkeit" nicht.⁸³⁾ Es umschreibt ihn in § 87 Abs. 1 GWB als "bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, die sich aus diesem Gesetz oder aus Kartellverträgen und aus Kartellbeschlüssen ergeben,". Hier ist zunächst festzustellen, wie die gesetzliche Formulierung zu verstehen ist. Einmal besteht die Möglichkeit, die Umschreibung "bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, die sich aus dem GWB ergeben," als Oberbegriff aufzufassen und die "Rechtsstreitigkeiten aus Kartellverträgen und aus Kartellbeschlüssen" als Sonderfälle der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten aus dem GWB anzusehen. Zum anderen erscheint es aber auch möglich, die Begriffe

a) bürgerliche Rechtsstreitigkeiten aus Kartellverträgen,

82) Im Ergebnis ebenso Wildanger, Aussetzung gemäß § 96 Abs. 2 GWB im einstweiligen Verfügungsverfahren? WuW 60,686.

83) S. oben S. 1 Anm. 2.

b) bürgerliche Rechtsstreitigkeiten aus Kartellbeschlüssen,

c) bürgerliche Rechtsstreitigkeiten aus dem GWB

als gleichrangig und selbständig zu verstehen.

Letzterer Auslegung ist der Vorzug zu geben. Denn es kann sich eine Rechtsstreitigkeit aus einem Kartellvertrag oder -beschluß ergeben, ohne daß sie sich gleichzeitig aus dem GWB ergibt. Das ist z.B. dann der Fall, wenn Streit über eine Leistungspflicht besteht, die sich aus einem behördlich erlaubten Kartellvertrag ergibt, ohne daß kartellrechtliche Fragen irgendeine Rolle spielen, etwa weil ausschließlich die Ordnungsmäßigkeit der Leistung streitig ist. Hier könnte nicht von einer Rechtsstreitigkeit, die sich aus dem GWB ergibt, gesprochen werden. Deshalb erscheint es nicht richtig, die Formulierung "bürgerliche Rechtsstreitigkeit aus dem GWB" als Hauptbegriff zu werten und die Umschreibungen "bürgerliche Rechtsstreitigkeiten aus Kartellverträgen und aus Kartellbeschlüssen" als unselbständige Unterfälle. Es besteht vielmehr zwischen den drei aufgezeigten Umschreibungen (a - c) eine Gleichordnung.

Da die Umschreibungen weder einzeln für sich, noch insgesamt inhaltlich hinreichend eindeutig bestimmt sind, erfordern sie eine Konkretisierung. Diese ist notwendig, um eine Abgrenzung der bürgerlichen Kartellstreitigkeiten von anderen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vornehmen zu können. Eine solche Abgrenzung ist entscheidend für die nach dem GWB getroffene besondere Zuständigkeitsregelung. Denn die ausschließliche Zuständigkeit der Kartellgerichte ist nur für die Entscheidung von Kartellstreitigkeiten gegeben (§§ 87 Abs. 1, 96 Abs. 1 GWB). Für die Beantwortung der Frage, ob die Zuständigkeit der Kartellgerichte gegeben ist, ist also vorher zu klären, ob es sich bei dem konkreten Rechtsstreit um eine Kartellstreitigkeit handelt.

I

Rechtsstreitigkeiten aus Kartellverträgen.

§ 87 Abs. 1 GWB stellt für die Zuständigkeit der Kartellgerichte darauf ab, ob es sich bei dem konkreten Rechtsstreit um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit handelt, die sich aus einem Kartell-

vertrag ergibt.⁸⁴⁾ Zwei Voraussetzungen sind also erforderlich:

a) es muß eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit gegeben sein, und diese muß sich b) aus einem Kartellvertrag ergeben.

Der Begriff der "bürgerlichen Rechtsstreitigkeit" darf im Rahmen dieser Arbeit vorausgesetzt werden.⁸⁵⁾

Zu fragen bleibt jedoch, wann sich eine Rechtsstreitigkeit aus einem Kartellvertrag ergibt. Dabei ist zunächst zu untersuchen, wann ein Kartellvertrag vorliegt, und unter welchen Voraussetzungen dieser Grundlage einer Kartellstreitigkeit sein kann. Sodann ist festzustellen, wann sich eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit "aus" einem Kartellvertrag "ergibt".

1.

Begriff des Kartellvertrages.

a) Kartellverträge sind gemäß § 1 GWB Verträge, die Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen zu einem gemeinsamen Zweck schließen, soweit sie geeignet sind, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen.⁸⁶⁾

§ 1 GWB umschreibt das Kartell durch die beiden herkömmlichen Hauptmerkmale des Kartells: die Willenseinigung der Beteiligten und die Außenwirkungen.⁸⁷⁾ Unter den Außenwirkungen ist die Beeinflussung der Marktverhältnisse durch Beschränkung des Wettbewerbs zu verstehen.⁸⁸⁾ Die Willenseinigung ist das rechtsgeschäftliche Moment des Kartells. Da an ihr mindestens zwei Beteiligte mitwirken, bezeichnet das Gesetz sie zutreffend als Vertrag. Auf diesen Vertrag finden die allgemeinen Vorschriften der §§ 145 ff. BGB An-

84) Bzw. aus einem Kartellbeschluß oder aus dem GWB unmittelbar.

85) Vgl. hierzu Soergel-Siebert, Bürgerliche Rechtsstreitigkeiten im materiellen Sinne, Einleitung zum Allgemeinen Teil des BGB, Anm. 52 - 90.

86) Eine eingehende Darstellung des Kartellvertrages kann im Rahmen dieser Arbeit nicht erfolgen. Es wird insoweit auf die einschlägige Literatur verwiesen, insbesondere auf Lukes, Der Kartellvertrag.

87) Lukes, Der Kartellvertrag, S. 122; s. auch Langen, Kommentar zum Kartellgesetz, Anm. II zu § 1.

88) Vgl. hierzu Langen, Anm. III zu § 1; Rasch, Wettbewerbsbeschränkungen Kartell- und Monopolrecht, Anm. 8 - 11 zu § 1; Baumbach-Hefermehl, Anm. 22 - 54 zu § 1; Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S. 29 - 70.

wendung.⁸⁹⁾ Die Willenseinigung der Vertragsbeteiligten muß zu einem gemeinsamen Zweck erfolgen.⁹⁰⁾ Worin der gemeinsame Zweck besteht, ist gleichgültig, erforderlich ist nur, daß der zu dem gemeinsamen Zweck geschlossene Vertrag objektiv geeignet ist, die in § 1 GWB bezeichneten Außenwirkungen hervorzurufen.⁹¹⁾ Erfüllt der Vertrag die vorstehend im einzelnen erwähnten Voraussetzungen, so ist er damit als Kartellvertrag qualifiziert. Er kann dann als Kartellvertrag im materiellen Sinne bezeichnet werden, da er seinem sachlichen Inhalt nach den Kartelltatbestand erfüllt.

b) Dem Begriff des Kartellvertrages im materiellen Sinne entspricht der Begriff des Kartellvertrages im formellen Sinn.⁹²⁾

Ein Kartellvertrag im formellen Sinn liegt dann vor, wenn die in den §§ 2 - 9, 34 GWB enthaltenen Verfahrens- und Formvorschriften erfüllt sind. Ein Kartellvertrag im formellen Sinne erfordert also zweierlei: 1. daß der materielle Kartelltatbestand durch die Vereinbarung erfüllt ist, und 2. daß die in den §§ 2 - 9, 34 GWB enthaltenen formellen Vorschriften beachtet worden sind.

Es bleibt noch zu fragen, ob auch die in den §§ 99 ff. GWB angeführten Verträge als Kartellverträge i.S. der §§ 1, 87 GWB anzusehen sind. Diese Frage ist zu bejahen, soweit die in den §§ 99 - 103 GWB genannten Verträge die Tatbestandsmerkmale des § 1 GWB erfüllen und die Anwendung des GWB nicht gänzlich ausgeschlossen ist (§§ 99 Abs. 1, 101 GWB). Denn die gesetzliche Regelung bezweckt lediglich eine Freistellung von bestimmten Verboten, sie will jedoch nicht materiell den Begriff des Kartellvertrages verändern oder aufheben. Die in den §§ 99 - 103 GWB genannten Verträge sind daher Kartellverträge im materiellen Sinne. Sie können auch als Kartellverträge im formellen Sinne bezeichnet werden, soweit für ihre Wirksamkeit bestimmte formelle Voraussetzungen gege-

89) Rasch, S. 38; Lukes, S. 298; Die Frage, ob der Kartellvertrag wesensmäßig eine Bindung der Beteiligten i.S. einer Verpflichtung zu einem bestimmten Verhalten beinhaltet, bedarf an dieser Stelle keiner Erörterung, vgl. hierzu Lukes, S. 123 - 131; Langen, Anm. II 3 zu § 1; Fikentscher, S. 66.

90) Hierzu Baumbach-Hefermehl, Anm. 17 f. zu § 1 GWB.

91) Lukes, S. 135 f..

92) Zur Unterscheidung materiell - formell: Schönke-Schrade, Einführung in die Rechtswissenschaft, S. 233; auch Baumbach-Hefermehl bringt dieses Begriffspaar, verwendet es jedoch in einem anderen Sinne: Inhaltsübersicht zu § 1.

ben sein müssen und gegeben sind. Das trifft für die Verträge nach den §§ 99 Abs. 2, 100, 102, 103 GWB zu, da für ihre Wirksamkeit gemäß den §§ 105, 34 GWB Schriftform und darüberhinaus zum Teil auch eine Anmeldung bei der Kartellbehörde (§§ 99 Abs. 3, 103 Abs. 3, 9 Abs. 2 GWB) erforderlich ist.

Zusammenfassung:

Immer dann, wenn durch einen Vertrag der Tatbestand des § 1 GWB erfüllt ist, handelt es sich um einen Kartellvertrag im materiellen Sinne. Dieser Kartellvertrag im materiellen Sinne wird zum Kartellvertrag im formellen Sinne, wenn er bestimmte gesetzlich normierte Formerfordernisse erfüllt.

Auch die in den §§ 99 ff. GWB aufgeführten Verträge sind Kartellverträge im materiellen Sinne, soweit sie den Kartelltatbestand erfüllen. Sie können auch Kartellverträge im formellen Sinne sein.

2.

Der Kartellvertrag als Grundlage der Rechtsstreitigkeit.

Wie erwähnt, nimmt § 87 Abs. 1 GWB in seiner Formulierung auf § 1 GWB Bezug. Es fragt sich jedoch, ob jeder Kartellvertrag auch Grundlage einer "Rechtsstreitigkeit aus Kartellvertrag" sein kann. Wenn man den Wortlaut des § 87 Abs. 1 GWB isoliert für sich betrachtet, so könnte man aus der Tatsache, daß § 87 Abs. 1 GWB mit den Begriffen Kartellvertrag und Kartellbeschluß auf § 1 GWB Bezug nimmt, die Folgerung ziehen, § 87 GWB meine als Ausgangspunkt der Rechtsstreitigkeiten aus Kartellvertrag nur unwirksame Kartellverträge, da § 1 GWB Kartellverträge grundsätzlich für unwirksam erklärt. Sieht man andererseits die Zuständigkeitsregelung des § 87 Abs. 1 GWB im Gesamtgefüge der gesetzlichen Vorschriften, so erscheint, da das Schwergewicht der gesetzlichen Regelung in den §§ 1 - 14 GWB auf den wirksamkeitsfähigen Ausnahmen liegt, die Annahme näherliegend, daß § 87 Abs. 1 GWB auf rechtswirksame Kartellverträge Bezug nimmt.⁹³⁾ Es ist also zu klären, ob nur wirksame oder nur unwirksame Kartellverträge Ausgangspunkt für Kartellstreitigkeiten i.S. des § 87 Abs. 1 GWB sein können, oder ob etwa sowohl wirksame als auch unwirksame Kartellverträge die Grundlage

⁹³⁾ Vgl. auch die amtliche Begründung des RegEntw. des GWB, aaO., zu § 63 Ziff. 1, S. 53.

für Kartellstreitigkeiten nach § 87 GWB zu bilden imstande sind. Geht man von dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung aus,⁹⁴⁾ so muß die Entscheidung zugunsten der zuletzt aufgezeigten Lösungsmöglichkeit fallen. Sind nämlich Sinn und Zweck der ausschließlichen Zuständigkeit darin zu sehen, die Entscheidung von kartellrechtlichen Fragen allein den Kartellgerichten vorzubehalten, so kann es nicht darauf ankommen, ob der Kartellvertrag, aus dem sich der Rechtsstreit ergibt, wirksam oder unwirksam ist. Entscheidend kann nur sein, daß sich in jedem Fall der Rechtsstreit aus einem Kartellvertrag im materiellen Sinne ergibt. Denn dann sind in aller Regel Fragen des Kartellrechts zu beurteilen, deren Entscheidung den Kartellgerichten vorzubehalten - wie aufgezeigt - Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung ist.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, daß jeder Vertrag, der den Tatbestand des § 1 GWB erfüllt und damit ein Kartellvertrag im materiellen Sinne ist, Grundlage einer Rechtsstreitigkeit, die sich aus einem Kartellvertrag ergibt, i. S. des § 87 Abs. 1 GWB sein kann. Ob der Vertrag gemäß § 1 GWB unwirksam oder nach den §§ 2 - 8 GWB wirksam ist, ist nicht entscheidend.

3.

Zusammenhang zwischen Rechtsstreitigkeit und Kartellvertrag.

Die Frage, wann sich eine Rechtsstreitigkeit "aus" einem Kartellvertrag "ergibt", ist, soweit ersichtlich, in der Kartellrechtsliteratur nicht erörtert. Grundsätzlich ist eine weite Auslegung geboten, da nach dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung⁹⁵⁾ jede Streitigkeit, die im Zusammenhang mit Kartellrechtsfragen steht, durch die Kartellgerichte entschieden werden soll. Eine solche weite Auslegung steht auch im Einklang mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts⁹⁶⁾ und des BGH⁹⁷⁾ zu § 51 PatG, die hier wegen der Gleichartigkeit der gesetzlichen Regelung vergleichsweise herangezogen werden kann.⁹⁸⁾

94) S. oben S. 2 ff.

95) S. oben S. 2 ff.

96) RGZ 170, 226 ff.

97) BGHZ 8, 16 ff.

98) Vgl. auch Busse, Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz, Anm. 2 zu § 51 PatG.

Eine Rechtsstreitigkeit ergibt sich danach dann aus Kartellvertrag, wenn der geltend gemachte Anspruch oder die begehrte Feststellung unter Bezugnahme auf bestimmte in einem konkreten Kartellvertrag getroffene Vereinbarungen begründet werden, oder anders ausgedrückt, wenn sich die Begründetheit der Klage aus den Bestimmungen des Kartellvertrages ergeben soll. Dabei spielt es keine Rolle, ob die begehrte Entscheidung auf nichtkartellrechtliche Normen, etwa auf die §§ 242, 280, 286 BGB, gestützt wird, wenn nur die Ausfüllung dieser Normen durch die Bestimmungen des Kartellvertrages erfolgen soll. Ebenso ist es gleichgültig, wenn eine Rechtsfolge begehrt wird, die für sich gesehen überhaupt nicht kartellrechtlicher Art ist. Auch hier ist es entscheidend und ausreichend, daß die Rechtsfolge aus dem Kartellvertrag begründet wird.⁹⁹⁾

"Aus" Kartellvertrag "ergeben sich" gleichfalls Klagen nach § 13 GWB, da sich die Frage, ob ein wichtiger Grund vorliegt, nicht ohne Bezugnahme auf den Kartellvertrag selbst beantworten läßt, und die Kündigung nur in Verbindung mit dem gekündigten Kartellvertrag gesehen werden kann.

Um Rechtsstreitigkeiten aus Kartellvertrag handelt es sich jedoch dann nicht mehr, wenn Anlaß des Rechtsstreits ein Vertrag ist, der zwischen einem Kartellbeteiligten und einem Dritten abgeschlossen worden ist, und auf dessen Inhalt Vereinbarungen des Kartellvertrages eingewirkt haben.¹⁰⁰⁾ Denn hier mag zwar der Kartellvertrag auch Anlaß zu dem Rechtsstreit sein, dieser Anlaß ist jedoch so entfernt, daß von einer Rechtsstreitigkeit "aus" dem Kartellvertrag nicht mehr die Rede sein kann, sondern nur noch eine mittelbare Verbindung zu ihm besteht, die jedoch nicht ausreicht, um

⁹⁹⁾ Vgl. Müller-Henneberg/Tiffert, Rn 4 zu § 87.

¹⁰⁰⁾ Zu diesen Verträgen s. Ballerstedt, Kartellverbot und Einzelvertrag, JZ 56, 267 ff.; Fikentscher, Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen und Verträge mit Dritten, BB 56, 793 ff.; Flume, Verbotene Preisabsprache und Einzelvertrag, WuW 56, 457 ff.; Schwenk, Wechselwirkung von Kartellverbot und Einzelvertrag, WuW 58, 326 ff.; Strickrodt, Liefer- und Leistungsverträge unter den Wirkungen des Kartellverbots, WuW 57, 75 ff.; Deringer, Anmerkung zu den Urteilen des BGH v. 23.9.55 und 4.5.56, NJW 56, 1714; Rasch, aaO., S. 45.

eine Rechtsstreitigkeit aus Kartellvertrag zu begründen. Der Einzelvertrag steht rechtlich völlig selbständig neben dem Kartellvertrag. Seine Wirksamkeit besteht unabhängig von den Bestimmungen des Kartellvertrages. Das alles spricht dafür, daß eine Rechtsstreitigkeit bezüglich des Einzelvertrages nicht eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit aus Kartellvertrag ist.

Dieses Ergebnis steht auch nicht im Widerspruch zu dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung. Sollte nämlich in einem Rechtsstreit, der sich aus einem Vertrag zwischen einem Kartellbeteiligten und einem Dritten ergibt, die Entscheidung einer kartellrechtlichen Frage erforderlich werden, so ist die Zuständigkeit der Kartellgerichte insoweit auf jeden Fall durch den dann eingreifenden Aussetzungszwang nach § 96 Abs. 2 GWB gewährleistet.

II

Rechtsstreitigkeiten aus Kartellbeschlüssen.

1.

Begriff des Kartellbeschlusses.

Die Erörterung, wann eine Rechtsstreitigkeit aus Kartellbeschluß vorliegt, erfordert zunächst die Feststellung, was ein Kartellbeschluß ist.

Auszugehen ist von dem allgemeinen Begriff "Beschluß". Ein Beschluß ist ein mehrseitiges Rechtsgeschäft, das die Stimmabgaben der Beteiligten zusammenfaßt.¹⁰¹⁾

a) Ein Beschluß wird zum Kartellbeschluß, wenn er die Voraussetzungen des § 1 GWB erfüllt. Ein Kartellbeschluß ist also nach der Definition des § 1 GWB ein Beschluß, den eine Vereinigung von Unternehmen faßt und der geeignet ist, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen. Wesentli-

101) Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Vorbem. 5 b vor § 709; Staudinger-Keßler, Anm. 17 ff. zu § 709; Benisch, Die unverbindliche Abstimmung unter dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Betrieb 57,789.

ches juristisches Kriterium des Kartellbeschlusses ist ebenso wie beim Kartellvertrag die Willenseinigung der Beteiligten.¹⁰²⁾ Erfüllt der Beschluß den materiellen Kartelltatbestand, so ist er ein Kartellbeschluß im materiellen Sinne.

b) Erfüllt der Beschluß außerdem die formellen Bedingungen der §§ 2 - 9, 34 GWB, so ist er auch ein Kartellbeschluß im formellen Sinne.

2.

Der Kartellbeschluß als Grundlage der Rechtsstreitigkeit.

Ebenso wie bei den Kartellverträgen ist hier die Frage anzuschließen, wann ein Kartellbeschluß als Grundlage der Rechtsstreitigkeit anzusehen ist.

Terminologisch scheint es nicht glücklich, von einer Rechtsstreitigkeit aus Beschluß zu sprechen, und es fragt sich, ob eine solche begrifflich überhaupt möglich ist. Ein Beschluß dient der Regelung eines konkreten Sachverhalts; er ist damit insoweit immer sachbezogen. Betrachtet man die Natur des Beschlusses unter diesem Gesichtspunkt, so muß man die vorstehend gestellte Frage bejahen, da es durchaus möglich ist, daß sich aus einer für einen bestimmten Sachverhalt getroffenen Regelung eine Rechtsstreitigkeit ergibt.¹⁰³⁾

Als Grundlage für eine Rechtsstreitigkeit aus Kartellbeschluß gemäß § 87 GWB können sowohl ein wirksamer als auch ein unwirksamer Kartellbeschluß in Frage kommen.¹⁰⁴⁾

102) Im einzelnen wird auf die Ausführungen zum Kartellvertrag, oben S. 40 ff., verwiesen, die hier entsprechend gelten. Auch zur Problematik der Unterscheidung zwischen Vertrag und Beschluß braucht hier nicht Stellung genommen zu werden, vgl. hierzu Lukes, Kartellvertrag, S. 275 ff.; kurz zum Kartellbeschluß vgl. auch Neumann, Kreditinstitute, insbesondere Bausparkassen und Versicherungsunternehmen im Kartellgesetz, S. 9 ff.; Wagner, Die Diskussion über ein Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in Westdeutschland nach 1945; S. 31.

103) Als Beispiel für eine Rechtsstreitigkeit aus Kartellbeschluß kann der vom OLG Celle durch Urt. v. 4.1.61 entschiedene Rechtsstreit -WuW 61,288 = WuW/E OLG 366- angesehen werden.

104) Im einzelnen darf hier wiederum auf die Darlegungen zum Kartellvertrag Bezug genommen werden, da diese sinngemäß auch für den Kartellbeschluß gelten, s. oben S. 42 f.

3.

Zusammenhang zwischen Rechtsstreitigkeit und Kartellbeschluß.

Entsprechend dem zum Kartellvertrag Gesagten "ergibt" sich eine Rechtsstreitigkeit "aus" Kartellbeschluß, wenn sich die Begründetheit der Klage aus der durch den Kartellbeschluß getroffenen Regelung herleiten soll.¹⁰⁵⁾

III

Rechtsstreitigkeiten aus dem Kartellgesetz.

1.

Problemstellung.

Neben den Rechtsstreitigkeiten aus Kartellverträgen und Kartellbeschlüssen kennt das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen Rechtsstreitigkeiten, die sich "aus dem Kartellgesetz ergeben". Da die Rechtsstreitigkeiten, die sich aus dem Kartellgesetz ergeben, einen Unterfall der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten bilden, muß geprüft werden, nach welchen Gesichtspunkten sie von den sonstigen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten unterschieden werden können.

2.

Lösungsgrundsätze.

Wie bereits oben¹⁰⁶⁾ dargelegt, bieten sich für die Lösung des aufgezeigten Problems im wesentlichen zwei Alternativen an:

a) Eine enge Umschreibung der "Rechtsstreitigkeit, die sich aus dem GWB ergibt".¹⁰⁷⁾ Diese kann so vorgenommen werden, daß eine Rechtsstreitigkeit aus dem GWB nur dann bejaht wird, wenn der geltend gemachte Anspruch seine Anspruchsgrundlage im GWB selbst hat,

¹⁰⁵⁾ Vgl. oben S. 43 ff.

¹⁰⁶⁾ S. 10.

¹⁰⁷⁾ Wie sie der BGH vertritt: Beschl. v. 9.7.58, WuW 58, 692 ff. = WuW/E BGH 244 ff.

also etwa auf die §§ 2, 35 GWB gestützt wird.

b) Eine weite Umschreibung. Danach liegt eine die ausschließliche Zuständigkeit der Kartellgerichte begründende Rechtsstreitigkeit aus dem GWB immer dann vor, wenn die zu treffende Entscheidung auch auf Vorschriften des GWB gestützt wird.

Zwischen diesen Alternativen erscheint weiterhin die Möglichkeit vermittelnder Lösungen gegeben.¹⁰⁸⁾

Die Frage, welcher Lösungsmöglichkeit der Vorzug zu geben ist, ist unter Berücksichtigung verschiedener Gesichtspunkte zu beantworten. Maßgebend ist der in der Zuständigkeitsregelung des § 87 GWB sowie in den sonstigen Verfahrensvorschriften der §§ 87 ff. GWB zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmungen und ihrem Sinnzusammenhang ergibt.¹⁰⁹⁾ Dabei ist der besondere Zweck der Zuständigkeitsregelung zu beachten¹¹⁰⁾ und bei mehreren möglichen Interpretationsweisen diejenige zu wählen, die den Bedürfnissen der Praxis am besten gerecht wird und für die Rechtsuchenden am günstigsten ist.¹¹¹⁾

3.

Lösungsversuch der Rechtsprechung und Kritik.

a) Der Kartellsenat beim BGH hat sich in seinem grundlegenden Beschluß vom 9.7.1958¹¹²⁾ für die erste Lösungsmöglichkeit entschieden und den Begriff der "Rechtsstreitigkeit, die sich aus dem GWB ergibt," eng gefaßt und diese Grundentscheidung auch in seinen nachfolgenden Entscheidungen bestätigt.¹¹³⁾ Die Instanzgerichte

108) Zu den Abgrenzungsmöglichkeiten vgl. auch Baur, Einige Bemerkungen zum gerichtlichen Verfahren in Kartellsachen, ZJP 72,9.

109) BVerfGE 1,312.

110) Enneccerus-Nipperdey, § 56 III; BGH, Urt. v. 15.12.60, WuW 61,210 f. = WuW/E BGH 422 f.

111) Enneccerus-Nipperdey, § 56 II 4; 56 III.

112) WuW 58,692 ff. = WuW/E BGH 244 ff.

113) BGH, Beschl. v. 10.7.58, WuW 60,285 = WuW/E BGH 349; Urt. v. 19.12.58, WuW 59,562 = WuW/E BGH 284; Beschl. v. 15.6.59, WuW 59,822 = WuW/E BGH 320; Urt. v. 10.7.59, WuW 60,532 = WuW/E BGH 386; Urt. v. 11.11.59, WuW 60,291 = WuW/E BGH 355.

haben sich dieser Rechtsprechung angeschlossen.¹¹⁴⁾

Die vom BGH gewählte Abgrenzung ist zwar mit dem Gesetzeswortlaut der §§ 87, 88, 96 Abs. 2 GWB vereinbar. Ihre Richtigkeit folgt jedoch nicht zwingend aus den genannten Vorschriften und ist außerdem im Hinblick auf die sich aus ihr ergebenden Konsequenzen zu bezweifeln.¹¹⁵⁾

b) Hinsichtlich des Kriteriums, nach dem zu entscheiden ist, ob es sich bei dem konkreten Rechtsstreit um eine Rechtsstreitigkeit handelt, die sich aus dem GWB ergibt, hat der BGH ausgeführt, entscheidend sei auf den Klagsanspruch abzustellen.¹¹⁶⁾ Die für Zuständigkeitsabgrenzungen notwendige Klarheit und Sicherheit lasse sich regelmäßig nur dann gewinnen, wenn man auf den mit der Klage geltend gemachten Anspruch abstelle. Aus dem allgemein gehaltenen Ausdruck "bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, die sich aus dem Gesetz ergeben," folge keineswegs, daß es für die Zuständigkeitsprüfung nicht allein auf den geltend gemachten prozessualen Klagsanspruch, sondern entscheidend vielmehr auf die im einzelnen zu entscheidenden Rechtsfragen ankommen solle. Auch wenn nach § 13 GVG grundsätzlich "alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vor die ordentlichen Gerichte gehören", so komme es hierfür entscheidend wiederum auf die Rechtsnatur des prozessual geltend gemachten Anspruchs an. Werde ein privatrechtlicher Anspruch geltend gemacht, und hänge die Entscheidung über diesen Anspruch vorgreiflich von einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis ab, so ändere dies nichts daran, daß es sich für die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte um eine "bürgerliche Rechtsstreitigkeit" handle. Diese Auffassung werde auch durch § 88 GWB bestätigt, der bestimme, daß mit der Klage aus diesem Gesetz (§ 87) die Klage wegen eines anderen Anspruchs verbunden werden könne, wenn dieser im rechtlichen oder unmittelbar wirtschaftlichen Zusammenhang mit

114) OLG Düsseldorf, Urt. v. 16.10.59, WuW 60,304 = WuW/E OLG 306; OLG Frankfurt, Urt. v. 17.7.58, WuW 59,361 ff. = WuW/E OLG 265 ff.; OLG Hamm, Beschl. v. 23.12.58, WuW 59,374 = WuW/E OLG 278; Beschl. v. 21.1.59, WuW 60,56 f. = WuW/E OLG 282; LG Bochum, Urt. v. 4.2.59, WuW 59,679 = WuW/E LG/AG 135 ff.

115) Eine eingehende Stellungnahme zu diesem Fragenkomplex und eine Auseinandersetzung mit den Argumenten des BGH erfolgt unten S. 74 ff.

116) Beschl. v. 9.7.58, WuW 58,695 ff. = WuW/E BGH 247 ff.

dem Anspruch stehe, der bei dem nach § 87 GWB zuständigen Gericht geltend zu machen sei. Schließlich sei auch die in § 96 Abs. 2 GWB getroffene Regelung nur dann sinnvoll, wenn für die Zuständigkeitsregelung in Kartellstreitsachen der Klageanspruch maßgebend sei.

Will man die Richtigkeit dieser Ausführungen prüfen, so ist zunächst festzustellen, welchen Inhalt der Begriff "Anspruch" hat. Sowohl das BGB als auch die ZPO verwenden den Begriff Anspruch. § 194 BGB definiert den Begriff Anspruch als das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen. Dieser Anspruch im materiellen Sinne ist jedoch nicht gleich dem prozessualen Anspruch der ZPO.¹¹⁷⁾ Letzterer meint vielmehr die Behauptung, daß der Kläger ein Recht auf die begehrte Leistung aus einem behaupteten und festzustellenden Rechtsverhältnis habe,¹¹⁸⁾ oder die Forderung des Klägers an das Gericht, auf Grund eines bestimmten Sachverhalts eine bestimmte Rechtsfolge oder Tatsache durch Urteil auszusprechen.¹¹⁹⁾ Dabei ist zu beachten, daß nur ein Anspruch im prozessualen Sinne auch dann vorliegt, wenn sich dieser prozessuale Anspruch aus einer Mehrzahl von materiellrechtlichen Anspruchsgrundlagen herleiten läßt.¹²⁰⁾

Wird für die Bestimmung der Zuständigkeit auf den Klaganspruch abgestellt, so wird der Begriff Anspruch prozessual im Sinne von Streitgegenstand verstanden.¹²¹⁾ Der BGH befindet sich demnach mit dem von ihm gewählten Abgrenzungskriterium "Klaganspruch" nur dann in Übereinstimmung mit der allgemeinen Meinung, wenn er den Begriff Anspruch im Sinne von Streitgegenstand gebraucht. Es fragt sich daher, in welchem Sinne der Begriff Anspruch in dem Beschluß des BGH vom 9.7.58 zu verstehen ist.

117) HM, RGZ 153,215; RG HRR 1935 Nr. 817; Rosenberg, Zivilprozeßrecht, § 88 I 2 b; Schöнке-Schröder-Niese, aaO., S. 213; Schwab, Der Streitgegenstand im Zivilprozeß, S. 1; Lent, Zur Abgrenzung der Anspruchsmehrheit von der Mehrheit der Klagegründe, ZZP 57,3 f.; Nikisch, Zur Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozeß, AcP 154,273 f.; vgl. auch Habscheid, Der Streitgegenstand im Zivilprozeß und im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, S. 18 ff.; a.A. Kleinfeller, Der Begriff "Anspruch", AcP 137,131.

118) Rosenberg, Zivilprozeßrecht, § 88 I 1 b.

119) Schöнке-Schröder-Niese, aaO., S. 212 f.; im einzelnen gehen die Meinungen und Formulierungen auseinander, eine eingehende Erörterung erscheint jedoch nicht erforderlich.

120) Vgl. Lent, aaO., ZZP 57,5; Rosenberg, Zivilprozeßrecht, § 88 II.

121) Rosenberg, Zivilprozeßrecht, § 11 II 3 a; Soergel-Siebert,

Aus den Formulierungen: "der mit der Klage geltend gemachte Anspruch" und "der prozessuale Klaganspruch" ist zu entnehmen, daß der Begriff Anspruch im prozessualen Sinne gebraucht ist. Das ergibt sich auch aus dem Hinweis auf § 88 GWB, da in dieser Vorschrift der prozessuale Anspruch gemeint ist.¹²²⁾ Die Formulierungen des BGH¹²³⁾ können jedoch den Eindruck entstehen lassen, als vertrete der BGH die Meinung, zwischen dem Anspruch im prozessualen Sinne und dem im materiellen Sinne bestehe kein Unterschied. Wäre das der Fall, so stände der BGH mit seiner Ansicht allein gegenüber der in Rechtsprechung und Wissenschaft herrschenden Meinung, und sein Abgrenzungsversuch wäre aus den von der herrschenden Meinung für die Verschiedenartigkeit der beiden Anspruchsgriffe angeführten Argumente als mißglückt anzusehen.

Es erscheint jedoch näherliegend, die Argumente des BGH anders zu deuten. Denn wenn man seine Argumentation im ganzen überblickt, ergibt sich, daß der BGH zwar den Begriff Anspruch prozessual im Sinne der herrschenden Meinung gebraucht, aber den Unterschied zwischen prozessualem Anspruch und Anspruchsnorm nicht berücksichtigt hat.¹²⁴⁾

Ausgangspunkt für diese Überlegung ist der Satz des BGH, die Zuständigkeit richte sich nach der Rechtsnatur des prozessual geltend gemachten Anspruchs.¹²⁵⁾ An anderer Stelle heißt es dann:¹²⁶⁾ "Der Kartellsenat hält an dem Grundsatz fest, daß die Zuständigkeit sich nach dem mit der Klage geltend gemachten An-

121) Einleitung zum Allgemeinen Teil des BGB, Anm. 53.

122) Müller-Henneberg/Tiffert, Rn 13 zu § 88.

123) Beschl. v. 15.6.59, WuW 59,820 ff.(822) = WuW/E BGH 318 ff. (320): Der Unterlassungsanspruch, der gegen einen vertraglich nicht gebundenen Händler wegen Unterbietung eines gebundenen Verbraucherpreises erhoben wird, hat seine Grundlage nicht in einer Vorschrift des GWB oder in einem Kartellvertrag oder -beschluß, sondern im allgemeinen Wettbewerbsrecht (§ 1 UWG); Urt. v. 10.7.59, WuW 60,531 f.(532) = WuW/E BGH 385 f.(386): Das nach Einlegung der Revision in Kraft getretene GWB hat an der Grundlage des Klaganspruchs (§ 1 UWG) und damit an der gerichtlichen Zuständigkeit nichts geändert.

124) Vgl. Loos, aaO., NJW 58,1903, der diesen Unterschied klar zum Ausdruck bringt; gesehen ist dieser Unterschied auch in BGHZ 5,107; nicht klar zum Ausdruck dagegen kommt er bei Müller-Henneberg/Tiffert, Rn. 5 zu § 88.

125) Beschl. v. 9.7.58, WuW 58,695 = WuW/E BGH 247.

126) Beschl. v. 15.6.59, WuW 59,822 = WuW/E BGH 320.

spruch richtet. Der Unterlassungsanspruch, der gegen einen vertraglich nicht gebundenen Händler wegen Unterbietung eines gebundenen Verbraucherpreises erhoben wird, hat seine Grundlage nicht in einer Vorschrift des GWB oder in einem Kartellvertrag oder -beschluß, sondern im allgemeinen Wettbewerbsrecht (§ 1 UWG). Die Entscheidung darüber fällt nicht in die Zuständigkeit der Kartellgerichte." Der BGH stellt also auf den Anspruch im prozessualen Sinne ab und greift, um dessen Rechtsnatur festzustellen, auf die materiellrechtliche Anspruchsgrundlage zurück, auf die der prozessual geltend gemachte Anspruch gestützt wird. Die Meinung des BGH bezüglich der Zuständigkeit der Kartellgerichte läßt sich demnach wie folgt zusammenfassen:

Die Zuständigkeit der Kartellgerichte ist dann gegeben, wenn die Rechtsstreitigkeit sich aus dem GWB ergibt. Die Rechtsstreitigkeit ergibt sich aus dem GWB, wenn der mit der Klage geltend gemachte Anspruch seine Grundlage in einer Vorschrift des GWB hat. Der mit der Klage geltend gemachte Anspruch hat seine Grundlage in einer Vorschrift des GWB, wenn Anspruchsgrundlage eine Bestimmung des GWB ist, etwa die §§ 25, 26 oder 35 GWB.¹²⁷⁾ Im Ergebnis ist also für den BGH maßgebendes Abgrenzungskriterium die Anspruchsnorm, auf die der prozessuale Anspruch gestützt wird.¹²⁸⁾ Diese Meinung des BGH ist, jedenfalls in ihrer generalisierenden Formulierung nur dann haltbar, wenn sich die Rechtsnatur einer Rechtsstreitigkeit nach der konkreten Anspruchsgrundlage bestimmt, auf die der prozessual geltend gemachte Anspruch gestützt wird, bzw. konkret, wenn eine Rechtsstreitigkeit sich nur dann aus dem GWB ergibt, falls der geltend gemachte Anspruch auf eine im GWB vorhandene Anspruchsnorm gestützt wird.

Eine Feststellung über die Richtigkeit dieser Ansicht läßt sich treffen, wenn man die Grundsätze betrachtet, die für die Abgrenzung der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten von den öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten gelten. Zwar ist ein Vergleich wegen der Verschiedenartigkeit der Rechtsmaterien nur bedingt möglich, doch erscheint er insoweit zulässig, als sich jeweils die Aufgabe stellt, eine Abgrenzung nach normativen Kriterien vorzunehmen. Bei einem solchen Vergleich stellt sich heraus, daß die im Einzel-

127) So auch die Interpretation von Völz, aaO., WuW 59,399 und Loos, aaO., NJW 58,1903.

128) Zustimmend Wildanger, aaO., WuW 60,685.

fall gewählte konkrete Anspruchsnorm kein sicheres Kennzeichen dafür ist, ob es sich bei dem zu entscheidenden Rechtsstreit um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit oder um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handelt. Bei der Frage nach dem Rechtscharakter einer Rechtsstreitigkeit und der für sie gegebenen Zuständigkeit ist nämlich nicht entscheidend auf die vom Kläger gegebene rechtliche Begründung abzustellen, sondern maßgebend ist die Natur des dem Klageanspruch zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses.¹²⁹⁾ Dieses beurteilt sich also nicht nach der gewählten Anspruchsnorm, die lediglich eine Umbüllung darstellen kann, sondern nach der Natur des den Kern des Rechtsstreits bildenden Anspruchs.¹³⁰⁾ So kann ein auf die §§ 677, 679, 812, 985 oder 1004 BGB gestützter Anspruch sehr wohl öffentlich-rechtlicher Natur und damit für ihn der ordentliche Rechtsweg verschlossen sein.¹³¹⁾ Daraus ergibt sich, daß bei der Charakterisierung einer Rechtsstreitigkeit nicht ausschließlich auf die in Frage kommende Anspruchsnorm abgestellt werden darf, die gewählte Anspruchsgrundlage also grundsätzlich kein eindeutiges und zwingendes Indiz für die Rechtsnatur des Rechtsstreits bildet. Das muß auch für die Abgrenzung der Rechtsstreitigkeiten, die sich aus dem GWB ergeben, von den sonstigen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gelten, da es sich insoweit um eine vergleichbare Problematik handelt.

Für die Richtigkeit dieser Ansicht spricht auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Begriff der Patentstreitsachen nach § 51 PatG, die hier vergleichsweise herangezogen werden darf, da insoweit keine wesentlichen Unterschiede bestehen. Das Reichsgericht¹³²⁾ hat nämlich u.a. Ansprüche aus der Überlassung einer Erfindung, insbesondere auch auf Vergütung, zu den Patentstreit-

129) OGHZ 4,257; ebenso Tiedau, Rechtsweg und öffentlich-rechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag, DÖV 52,165-167; vgl. auch Lerche, Ordentlicher Rechtsweg und Verwaltungsrechtsweg, S. 38 f.; Rosenberg, Zivilprozeßrecht, § 11 II 3 a.

130) RGZ 130,270; Soergel-Siebert, Einleitung zum Allgemeinen Teil des BGB, Anm. 62; vgl. auch § 4 ZPO; welche Kriterien im einzelnen für die Natur des Rechtsstreits maßgebend sind, braucht hier nicht erörtert zu werden, vgl. hierzu Soergel-Siebert, aaO., Anm. 51 ff.

131) Tiedau, aaO., S. 166; ders., Zivilrechtsweg und Verwaltungsrechtsweg, ZZP 64,446 ff. und 461 ff.; vgl. auch RGZ 150,244; BVerwG NJW 56,925.

132) RGZ 170,230.

sachen gerechnet. Derartige Ansprüche haben ihre Anspruchsgrundlage aber nicht im Patentgesetz, sondern in anderen Rechtsnormen, etwa auch in § 812 BGB. Das Reichsgericht stellt also auch bei der Abgrenzung der Patentstreitsachen¹³³⁾ nicht auf die in Frage kommende Anspruchsnorm, sondern darauf ab, auf welche Fragen es im Kern des Rechtsstreits entscheidend ankommt.

Diese Lösung erscheint auch deshalb allein als richtig, weil das Abgrenzungskriterium "Anspruchsnorm" immer dann versagt, wenn der Klaganspruch aus mehreren Anspruchsgrundlagen hergeleitet werden kann. Ist nämlich die Klage z.B. aus § 35 GWB und aus § 823 BGB, was häufig der Fall sein wird, begründet, so müßte nach der Meinung des BGH die Rechtsnatur der Klage und damit die sachliche Zuständigkeit davon abhängen, welche Anspruchsnorm das Gericht wählen will und wählt. Dieses Ergebnis ist jedoch wegen der mit ihm für die Prozeßparteien verbundenen Unsicherheit nicht brauchbar. Jungbluth¹³⁴⁾ hat daher vorgeschlagen, auch in diesem Fall hinsichtlich der kartellrechtlichen Anspruchsnorm den Rechtsstreit nach § 96 Abs. 2 GWB auszusetzen und zu dieser Anspruchsgrundlage die Entscheidung des Kartellgerichts herbeizuführen mit der Konsequenz, daß es für die Entscheidung des gesamten Rechtsstreits bei der Zuständigkeit des Nicht-Kartellgerichts verbleibt. Dieser Ausweg ist jedoch nicht gangbar. Er bedeutet nämlich, daß bei einer Klage, die aus § 823 BGB in vollem Umfang begründet werden kann, nur deshalb auszusetzen ist, weil sie auch aus § 35 GWB begründet werden könnte. Da es jedoch ausreicht, wenn der Klage unter einem rechtlichen Gesichtspunkt stattgegeben werden kann, nur diesen in der Urteilsbegründung aufzuführen, widerspräche es den Grundsätzen der Prozeßökonomie und den allgemein für die Begründung von Urteilen gültigen Regeln, wenn man auch eine Entscheidung über die kartellrechtliche Anspruchsgrundlage herbeiführen würde, auf die das Urteil überhaupt nicht gestützt wird. In einem solchen Fall muß eine Aussetzung nach § 96 Abs. 2 GWB aber auch deshalb ausscheiden, weil die Entscheidung des Rechtsstreits gar nicht von einer Entscheidung abhängt, die nach dem GWB zu treffen ist, da das zu fällende Urteil auch auf § 823 BGB gestützt werden kann.¹³⁵⁾

133) Vgl. hierzu auch Völp, aaO., WuW 59,400 f.

134) AaO., DRiZ 60,140.

135) Übereinstimmend Bock, Anm. in LM Nr. 4 zu § 96 GWB Bl. 5

Zusammenfassend läßt sich nach allem sagen:

Im Ausgangspunkt, nämlich in der Auffassung, daß sich die Zuständigkeit des anzurufenden Gerichts nach dem Klageanspruch bestimme, befindet sich der BGH in Übereinstimmung mit der allgemeinen Meinung. Der Standpunkt des BGH, die Rechtsnatur des Klageanspruchs richte sich nach der im einzelnen in Frage kommenden Anspruchsgrundlage, findet jedoch weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung eine Stütze und ist insbesondere dann nicht zu halten, wenn die Klage sowohl aus einer kartellrechtlichen als auch aus einer nicht-kartellrechtlichen Anspruchsgrundlage heraus zu begründen ist. Daraus folgt, daß der BGH mit dem von ihm gewählten Abgrenzungskriterium einen ganz neuen Weg gegangen ist. Die vom BGH eingeschlagene Richtung weiterhin zu verfolgen, ist daher nur dann richtig, wenn sie sich notwendig aus der gesetzlichen Regelung ergibt, oder eine bessere Alternative nicht vorhanden ist.¹³⁶⁾

c) Da der BGH den Begriff der Rechtsstreitigkeit, die sich aus dem GWB ergibt, eng gefaßt hat, bleibt für den Aussetzungszwang nach § 96 Abs. 2 GWB ein weiter Raum.¹³⁷⁾ Weil jedoch, wie der BGH auch erkannt hat,¹³⁸⁾ der Aussetzungszwang erhebliche Nachteile für die Parteien mit sich bringt, stellt sich für den BGH die Aufgabe, Wege zu finden, die zu einer Beschränkung des Aussetzungszwanges führen.¹³⁹⁾

aa) Der Beschluß des BGH vom 15.6.1959¹⁴⁰⁾ ist ein Versuch in dieser Richtung. Der Leitsatz zu dieser Entscheidung lautet:

"Das Prozeßgericht braucht auf Grund des § 96 Abs. 2 GWB sein eigenes Verfahren zur Entscheidung einer nach dem Kartellgesetz zu beurteilenden Vorfrage jedenfalls dann nicht auszusetzen, wenn das nach dem Kartellgesetz zu beurteilende Rechtsverhältnis zwischen den Parteien in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht unstreitig ist, und das Prozeßgericht in Übereinstimmung damit seinerseits die Sach- und Rechtslage für völlig unzweifelhaft hält."

136) Zu den beiden letzteren Voraussetzungen s. unten S. 74 ff. und S. 90 ff.

137) Vgl. oben S. 10 f.

138) Beschl. v. 9.7.58, WuW 58,697 f. = WuW/E BGH 249 f.

139) Vgl. Jungbluth, aaO., DRiZ 60,343.

140) WuW 59,820 ff. = WuW/E BGH 318 ff.

In den Gründen führt der BGH dann aus, die Auslegung des § 96 Abs. 2 GWB im Sinne des Leitsatzes ergebe sich aus dem Sinn der Vorschrift, sei mit ihrem Wortlaut vereinbar und entspreche der Auslegung vergleichbarer gesetzlicher Vorschriften. Als vergleichbare gesetzliche Vorschriften sieht der BGH die §§ 86 und 97 Abs. 5 ArbGG an.

Da der Beschluß des BGH mitsamt seinem Leitsatz in engem Zusammenhang mit dem konkreten Rechtsstreit und den zu entscheidenden speziellen Rechtsfragen zu sehen ist, der BGH außerdem mehrere Voraussetzungen für die Einschränkung des Aussetzungszwanges verlangt, erscheint es, wie Völz zutreffend ausgeführt hat,¹⁴¹⁾ sehr zweifelhaft, ob mit dieser Einschränkung die Nachteile des Aussetzungszwanges¹⁴²⁾ wirksam gemindert werden können.¹⁴³⁾ Darüberhinaus ergeben sich aber auch gegen die vom BGH geforderten Voraussetzungen und gegen seine Begründung erhebliche Bedenken. Folgende Voraussetzungen stellt der BGH für eine Beschränkung des Aussetzungszwanges auf:

- 1.) Unstreitigkeit des zu beurteilenden Rechtsverhältnisses
 - a) in tatsächlicher
 - b) in rechtlicher Hinsicht;
- 2.) Übereinstimmung zwischen der Rechtsansicht des erkennenden Gerichts und der der Parteien;
- 3.) Eindeutigkeit der Sach- und Rechtslage.

Der BGH beruft sich zur Stützung seiner Ansicht auf die Auslegung der §§ 86, 97 Abs. 5 ArbGG. Doch ergeben sich gerade von diesem Ausgangspunkt her Bedenken gegen die geforderten Voraussetzungen.

Es trifft zwar zu, daß nach herrschender Meinung eine Aussetzung nach § 97 Abs. 5 ArbGG nur dann zu erfolgen braucht, wenn die Frage der Tariffähigkeit in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht in Zweifel ist.¹⁴⁴⁾ Dersch-Volkmar¹⁴⁵⁾ führen als Begründung an, eine

141) Anm. zu dem genannten Beschluß des BGH, WuW 59,826

142) S. oben S. 35 ff.

143) Vgl. auch Harmsen, Anm. zum Beschl. des BGH vom 15.6.59, GRUR 59,497

144) BAG, Urt. v. 6.7.56, in: Hueck-Nipperdey-Dietz, Nachschlagewerk des BAG - Arbeitsrechtliche Praxis - Nr. 11 zu § 11 ArbGG; Dersch-Volkmar, Arbeitsgerichtsgesetz, Anm. 7 zu § 97; Dietz-Nikisch, Arbeitsgerichtsgesetz, Anm. 34 zu § 97; Gumpert, Arbeitsstreitigkeiten, BB 54,809

145) AaO.

andere Auffassung sei formalistisch. Im übrigen formulieren sie: "Soweit allerdings keine Veranlassung besteht, an der Tariffähigkeit eines Verbandes zu zweifeln, ist eine Aussetzung des Verfahrens nicht erforderlich." Und Gumpert¹⁴⁶⁾ schreibt: "Das Gericht braucht das Verfahren aber nur dann auszusetzen, wenn begründete Zweifel an der Tariffähigkeit bestehen." Aus diesen Zitaten ergibt sich, daß ein Aussetzungszwang nach § 97 Abs. 5 ArbGG nur dann besteht, wenn sich bei objektiver Würdigung der Sach- und Rechtslage Zweifel an der Tariffähigkeit der Vereinigung ergeben.¹⁴⁷⁾ Eine Aussetzung würde demnach auch dann ausscheiden müssen, wenn eine der Parteien die Tariffähigkeit einer Vereinigung bestreitet, obwohl die Tariffähigkeit völlig klar ist. Das bedeutet, daß die Entscheidung über die Aussetzung vom erkennenden Gericht nach objektiven Gesichtspunkten zu treffen ist, nicht aber vom Verhalten der Parteien im konkreten Fall abhängt. Für die Richtigkeit dieses Ergebnisses spricht auch, daß das Gericht bei seinen Entscheidungen grundsätzlich an die Rechtsauffassung der Parteien nicht gebunden ist, sowie der Umstand, daß es andernfalls möglich wäre, erst in der letzten mündlichen Verhandlung die Tariffähigkeit zu bezweifeln und mit der dann notwendigen Aussetzung den Rechtsstreit erheblich zu verzögern.

Wenn der BGH daher eine Übereinstimmung zwischen den Aussetzungsvorschriften der §§ 97 Abs. 5 ArbGG und 96 Abs. 2 GWB annimmt, so darf er die Aussetzung nach § 96 Abs. 2 GWB nicht davon abhängig machen, ob die Sach- und Rechtslage zwischen den Parteien streitig ist. Er dürfte vielmehr lediglich darauf abstellen, ob bei objektiver Betrachtung Zweifel hinsichtlich der Sach- und Rechtslage bestehen.

Weiter erscheint es zweifelhaft, ob zwischen den Aussetzungsvorschriften der §§ 96 Abs. 2 GWB und 97 Abs. 5 ArbGG überhaupt eine Vergleichbarkeit derart besteht, daß die für die letztere Vorschrift geltenden Auslegungsprinzipien auch für die erstere Vorschrift Anwendung finden können.

Da immer wieder Zweifel auftauchen können, ob eine Vereinigung die Voraussetzungen für die Tariffähigkeit erfüllt, besteht ein Bedürfnis, die Tariffähigkeit durch gerichtliche Entscheidung verbindlich

146) AaO.

147) Vgl. auch Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. II S. 312

feststellen zu lassen. Eine solche Möglichkeit war im Arbeitsgerichtsgesetz von 1926 nicht gegeben, und die Feststellung der Tariffähigkeit über die §§ 256, 280 ZPO wurde überwiegend für unzulässig gehalten. Die Tariffähigkeit konnte daher nur als Vorfrage inzidenter und ohne bindende Wirkung geprüft werden. Die in den §§ 97 Abs. 5, 2 Abs. 1 Nr. 5 ArbGG getroffene Regelung stellte deshalb einen begrüßenswerten Fortschritt dar und kam den Bedürfnissen der Praxis entgegen.¹⁴⁸⁾

Aus dieser Darlegung ergibt sich, daß mit dem Aussetzungszwang nach § 97 Abs. 5 ArbGG nicht wie bei § 96 Abs. 2 GWB einer bestimmten Gruppe von Gerichten eine bis dahin bestehende Kompetenz entzogen, sondern eine noch nicht vorhandene Kompetenz neu geschaffen werden sollte. Wie bereits erwähnt, sollte § 97 Abs. 5 ArbGG nur einem bestehenden Bedürfnis Rechnung tragen. Deshalb ist auch die von der herrschenden Meinung vertretene einschränkende Auslegung gerechtfertigt, da ein Bedürfnis nach verbindlicher Feststellung der Tariffähigkeit nur dann gegeben ist, wenn insofern begründete Zweifel bestehen. Im Unterschied hierzu bietet die Entstehungsgeschichte des § 96 Abs. 2 GWB jedoch keinen Anlaß zu einer derartigen restriktiven Auslegung.¹⁴⁹⁾ Dazu kommt, daß die Entscheidung darüber, ob Zweifel an der Tariffähigkeit einer Vereinigung bestehen, in aller Regel eindeutiger und leichter zu fällen ist als darüber, ob die Beurteilung der Rechtslage nach Kartellrecht zweifelhaft sein kann, so daß sich auch aus diesem Grunde ein Vergleich der Vorschriften verbietet. Nicht zuletzt erscheint es jedoch auch sehr bedenklich, die Entscheidung darüber, ob der Rechtsstreit auszusetzen ist, in das Ermessen der Nicht-Kartellgerichte zu legen. Bei der häufig sehr großen Kompliziertheit der kartellrechtlichen Fragen liegt nämlich die Gefahr nahe, daß das Nicht-Kartellgericht die kartellrechtlichen Probleme nicht erkennt, die Rechtslage infolgedessen für unzweifelhaft hält und sich daher eine Entscheidungskompetenz zuspricht, die ihm nach dem Gesetz nicht zusteht, und ihm auch nach der Auslegung des BGH nicht zustehen soll.¹⁵⁰⁾ Ein solches Ergebnis steht in völligem Widerspruch zu dem

148) Zu allem Hueck-Nipperdey aaO.

149) Im Ergebnis ebenso Leo, aaO., GRUR 59,464

150) Als Beweis dafür, daß diese Bedenken nicht unberechtigt sind, kann das Urteil des LG Münster vom 28.1.59, WuW 59,678 = WuW/E LG/AG 134- dienen, wo die Existenz des § 96 Abs. 2 GWB allem Anschein nach völlig übersehen worden ist; vgl. auch Harmsen, GRUR 59,496 f.

mit der gesetzlichen Regelung verfolgten Zweck.

Zusammenfassend ist demnach festzustellen: Die vom BGH vorgenommene Beschränkung des Aussetzungszwanges im vorstehend erörterten Sinne mag für die Parteien des konkreten Rechtsstreits im Ergebnis günstig gewesen und insofern zu billigen sein. Eine Verallgemeinerung ist jedoch nicht zulässig, da die Begründung insgesamt bedenklich und zum Teil unhaltbar erscheint, und eine Beschränkung mit der zwingenden Regelung des § 96 Abs. 2 GWB nicht vereinbar ist.¹⁵¹⁾

Den Nachteilen des Aussetzungszwanges läßt sich also durch eine restriktive Auslegung des § 96 Abs. 2 GWB nicht begegnen.

bb) Zur Vermeidung des Aussetzungszwanges hat der BGH¹⁵²⁾ vorgeschlagen, es könne "das nach dem Kartellgesetz streitige, vorgreifliche Rechtsverhältnis" zum Gegenstand der Klage gemacht und mit dieser Klage die Klage wegen des Anspruchs beispielsweise nach dem UWG gemäß § 88 GWB verbunden werden.¹⁵³⁾

Diese Lösung erscheint jedoch kaum praktikabel. Der BGH geht davon aus, daß die Entscheidung, die nach dem GWB zu treffen ist i. S. des § 96 Abs. 2 GWB, immer ein Rechtsverhältnis zum Gegenstand hat, dessen Feststellung nach § 256 ZPO möglich ist. Das ist jedoch, wie bereits dargelegt,¹⁵⁴⁾ nicht der Fall. Im Aussetzungsverfahren nach § 96 Abs. 2 GWB können vielmehr auch einzelne Rechtsfragen dem Kartellgericht zur Entscheidung vorgelegt werden. Diese Rechtsfragen können aber nicht Gegenstand einer Feststellungsklage nach § 256 ZPO sein. Im übrigen wird für eine isolierte Entscheidung über die kartellrechtliche Frage, wie das bei einer Feststellungsklage der Fall wäre, regelmäßig das Rechtsschutzinteresse fehlen, so daß auch insofern der vorgeschlagene Weg verschlossen ist. Darüberhinaus vermag der Weg über § 88 GWB lediglich die Prozeßverzögerung zu verhindern, das Kostenrisiko wird durch ihn jedoch in keiner Weise beseitigt.¹⁵⁵⁾

Schließlich darf auch nicht übersehen werden, daß sich vielfach erst im Laufe des Rechtsstreits herausstellen wird, daß die Gesamt-

151) Kritisch auch Bock, Anm. in LM Nr. 4 zu § 96 GWB, Bl. 3 f.

152) Beschl. v. 9.7.58, WuW 58,597 = WuW/E BGH 249.

153) Ebenso OLG Düsseldorf, Beschl. v. 1.10.62, WuW 63,355,356 = WuW/E OLG 507,508.

154) S. 21 ff.

155) Völp, aaO., WuW 59,404.

entscheidung von einer Entscheidung abhängt, die nach dem GWB zu treffen ist. In diesen Fällen ist die Lösung über § 88 GWB ohnehin nicht möglich. Aus allem ergibt sich, daß es nicht möglich ist, den vom BGH angedeuteten Weg zu gehen und die Nachteile des Aussetzungszwanges unter Ausnutzung der in § 88 GWB gegebenen verfahrensrechtlichen Möglichkeiten auszuschalten.¹⁵⁶⁾

cc) Der BGH hat weiterhin in Erwägung gezogen, eine Prozeßverschleppung infolge des Aussetzungszwanges könne eventuell dadurch vermieden werden, daß die kartellrechtliche Frage dem im Instanzenzug gleichgeordneten Gericht vorgelegt werde.¹⁵⁷⁾

Zunächst erscheint es zweifelhaft, ob eine derartige Auslegung mit dem Gesetzeswortlaut vereinbar ist. Denn das nach dem GWB zuständige Gericht ist immer das Gericht erster Instanz, nicht jedoch ein Gericht des Instanzenzuges. Es kann auch nicht angehen, daß sich die Zuständigkeit des Kartellgerichts jeweils danach bestimmt, in welcher Instanz sich der ausgesetzte Rechtsstreit gerade befindet. Außerdem ergeben sich gegen diese Lösung, wie der BGH auch selbst anführt,¹⁵⁸⁾ insoweit Bedenken, als dadurch der kartellgerichtliche Instanzenzug beschnitten würde. Eine solche Verkürzung hätte zur Folge, daß mindestens eine Tatsacheninstanz wegfällt, möglicherweise sogar der Kartellsenat des BGH in erster und letzter Instanz mit einer umfangreichen Beweisaufnahme belastet würde. Auch würde die verfahrensrechtliche Stellung des Bundeskartellamtes beeinträchtigt, das gemäß § 90 GWB zu unterrichten und gegebenenfalls an dem Rechtsstreit zu beteiligen ist. Aus diesen Gründen kann auch diesem Lösungsvorschlag des BGH nicht zugestimmt werden, zumal der Hinweis des BGH auf § 280 ZPO nur bedingt richtig ist, da über die Zwischenfeststellungsklage nach § 280 ZPO das Prozeßgericht selbst, nicht jedoch ein anderes Gericht zu entscheiden hat.¹⁵⁹⁾

dd) In seinem Urteil vom 11.11.1959¹⁶⁰⁾ hat der Kartellsenat beim

156) Vgl. hierzu auch Wildanger, aaO., WuW 60,689 f.

157) Beschl. v. 9.7.58, WuW 58,698 = WuW/E BGH 250.

158) AaO.

159) Im Ergebnis ebenso, Langen, Anm. zum Beschl. des BGH vom 9.7.58, GRUR 58,620; wohl auch Droste, Anm. zum Urt. des BGH v. 19.12.58, GRUR 59,294 f.; vgl. auch Baur, Anm. zum Urt. des BGH vom 11.11.59, JZ 60,92 f.

160) WuW 60,290 ff. = WuW/E BGH 354 ff. = JZ 60,91 ff.; dem BGH folgend OLG Frankfurt a.M. Beschl. v. 4.4.63, WuW 64,525,526 = WuW/E OLG 629,630.

BGH einen Aussetzungszwang nach § 96 Abs. 2 GWB verneint, wenn das angegangene Gericht sowohl zur Entscheidung von Kartellstreitigkeiten als auch von Nicht-Kartellstreitigkeiten zuständig ist. Der Leitsatz zu dieser Entscheidung lautet:

"Ist ein wegen eines nicht-kartellrechtlichen Anspruchs angerufenen Gericht (Spruchkörper) zugleich für die Entscheidungen zuständig, die nach dem Kartellgesetz zu treffen sind, so darf es über eine nach dem Kartellgesetz zu entscheidende Vorfrage mit entscheiden, ohne den Rechtsstreit über den Anspruch nach § 96 Abs. 2 GWB aussetzen zu müssen."¹⁶¹⁾

Als Begründung führt der BGH an, falls man eine andere Meinung veretrete, gelange man zu dem sinnwidrigen Verfahren, daß der für den nicht kartellrechtlichen Klageanspruch und die kartellrechtliche Vorfrage in gleicher Weise zuständige Spruchkörper, wenn er auf die entscheidungserhebliche kartellrechtliche Vorfrage stoße, aussetzen und es den Prozeßbeteiligten überlassen müsse, die kartellrechtliche Vorfrage vor ihn als kartellrechtlichen Spruchkörper zu bringen. Er müßte dann in dieser Eigenschaft über die Vorfrage entscheiden und diese Entscheidung seinem Verfahren und seiner Entscheidung als nicht kartellrechtlicher Spruchkörper zugrunde legen, obwohl immer und überall dasselbe richterliche Gremium entschieden hätte. Das könne nicht Rechters sein.

Gegen die Begründung dieser Entscheidung und gegen die Konsequenzen, zu denen sie infolge der Rechtsprechung des BGH zu den §§ 87 ff. GWB führt, ergeben sich jedoch erhebliche Bedenken, die das Urteil im ganzen als unhaltbar erscheinen lassen.

Wie Baur¹⁶²⁾ bereits dargelegt hat, handelt es sich bei dem auszusetzenden Prozeß und dem Verfahren vor dem Kartellgericht nach § 96 Abs. 2 GWB um zwei verfahrensrechtlich selbständige Rechtsstreitigkeiten, die wegen der besonderen Verfahrensvorschriften für das Kartellverfahren nicht vermischt werden dürfen. Vor allem ist hier mit Baur auf die Beteiligung des Bundeskartellamtes an den Kartellstreitigkeiten hinzuweisen, die eine verfahrensrechtlich selbständige und gesonderte Beurteilung der kartellrechtlichen Fragen erforderlich macht. Wird nämlich über die kartellrechtliche Frage ohne Aussetzung in dem nicht-kartellgerichtlichen Ver-

161) Zustimmend hierzu auch Bock, Anm. in LM Nr. 1 zu § 92 GWB

162) Anm. zum vorgenannten Urteil des BGH, JZ 60, 92 f.

fahren entschieden, so ist das Bundeskartellamt nicht beteiligt. Es ist diesem infolgedessen die nach § 90 GWB gesetzlich vorgesehene Möglichkeit genommen, zur Wahrung des öffentlichen Interesses zur kartellrechtlichen Frage Stellung zu nehmen.

Darüberhinaus sprechen aber auch die Konsequenzen, die sich aus einer Zusammenfassung ergeben, gegen die Lösung des BGH. Falls sich nämlich die beispielsweise in erster Instanz gegebene doppelte Zuständigkeit in zweiter Instanz teilt, so müßte konsequenterweise die erstinstanzliche Entscheidung mit zwei Rechtsmitteln angefochten werden, von denen eines beim zuständigen Kartell-OLG, das andere beim OLG des ordentlichen Rechtszuges einzulegen wäre. Daß dieses Ergebnis nicht richtig sein kann, hat auch der BGH erkannt und deshalb für die Zuständigkeit im Instanzenzug einen Weg gesucht, der es möglich macht, daß nur ein Rechtsmittel gegen die vorinstanzliche Entscheidung einzulegen ist.¹⁶³⁾ Und zwar hat der BGH entschieden, daß als Rechtsmittelgericht dasjenige Gericht zuständig sei, das für die nach dem GWB zu treffende Entscheidung als Rechtsmittelgericht zuständig sei, auch wenn es nicht zugleich das für die Entscheidung über den nicht kartellrechtlichen Klageanspruch zuständige Rechtsmittelgericht sei.

Diese Lösung ist jedoch von Baur¹⁶⁴⁾ zu Recht als revolutionär und mit dem Gesetz nicht vereinbar bezeichnet worden. Dann wie sich aus den §§ 92, 95 Abs. 1 Ziff. 3 GWB ergibt, ist die Zuständigkeit der Kartellsenate bei den Oberlandesgerichten und beim BGH nur dann gegeben, wenn mit dem eingelegten Rechtsmittel eine Entscheidung angefochten wird, die in einem Rechtsstreit getroffen worden ist, der sich aus dem GWB ergibt.¹⁶⁵⁾ Wenn über einen nicht-kartellrechtlichen Anspruch, d.h. über eine Rechtsstreitigkeit, die sich nicht aus dem GWB ergibt, entschieden worden ist, so ist nach der Zuständigkeitsregelung der §§ 87 ff. GWB niemals für die Entscheidung des gesamten Rechtsstreits als Rechtsmittelinstanz der Kartellsenat bei einem OLG oder beim BGH zuständig. Die durch die verfehlte Auslegung des § 96 Abs. 2 GWB veranlaßte Entscheidung des BGH besagt im Ergebnis, daß sich der Instanzenzug nach der Vorfragezuständigkeit bestimme. Einen solchen Satz kennt jedoch das Ver-

163) AaO.

164) AaO.

165) Die Rechtsstreitigkeiten aus Verträgen und Beschlüssen können in diesem Zusammenhang außer acht gelassen werden.

fahrensrecht nicht.¹⁶⁶⁾ Er steht auch mit den allgemeinen Grundsätzen der Instanzenordnung in Widerspruch, denn die Zuständigkeit des Instanzgerichts ergibt sich grundsätzlich und ohne weiteres aus der Zugehörigkeit des Vordergerichts, dessen Entscheidung angefochten wird, zu dem Bezirk des Rechtsmittelgerichts. Allein die Tatsache, daß das zum Bezirk des Rechtsmittelgerichts gehörende Vordergericht eine mit einem Rechtsmittel anfechtbare Entscheidung gefällt hat, bewirkt die Zuständigkeit des Rechtsmittelgerichts.¹⁶⁷⁾ Hat also ein Gericht, das wegen eines nicht kartellrechtlichen Anspruchs angerufen worden, aber auch zugleich für die Entscheidungen zuständig ist, die nach dem GWB zutreffen sind, erkennbar zugleich als ein für Entscheidungen nach dem GWB zuständiges Gericht über den nicht kartellrechtlichen Anspruch als Hauptfrage entschieden, so ergibt sich aus den vorstehend dargelegten Grundsätzen der Instanzenordnung, daß ohne weiteres das höhere Gericht als Rechtsmittelinstanz zuständig ist, zu dessen Bezirk das Vordergericht gehört, und zwar in seiner Eigenschaft als Nicht-Kartellgericht. Die Zuständigkeit des Kartellgerichts als Rechtsmittelinstanz ist nämlich auf Grund der besonderen und ausdrücklichen Regelung der §§ 87 ff. GWB nur dann gegeben, wenn das Vordergericht wegen eines kartellrechtlichen Anspruchs angerufen worden ist und über diesen als Hauptanspruch entschieden hat. Die Entscheidung des BGH ist daher auch aus diesen Gründen abzulehnen.

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, daß sich der BGH mit dieser Entscheidung zum Instanzenzug zu seinen eigenen Ausführungen im Beschluß vom 9.7.1958¹⁶⁸⁾ in Widerspruch setzt. Denn dort hat der BGH ausdrücklich und mit großem Nachdruck bezüglich der Zuständigkeitsregelung nach § 95 Abs. 1 Ziff. 3 lit. a GWB darauf hingewiesen, daß sich die Zuständigkeit des Kartellsenats nach der Rechtsnatur des geltend gemachten Anspruchs, nicht jedoch nach den im einzelnen zu entscheidenden Vorfragen richtet. Nach allem ist daher festzustellen, daß die vom BGH getroffene Entscheidung hinsichtlich der Auslegung des § 96 Abs. 2 GWB auch in ihren Konsequenzen zu rechtlich untragbaren Ergebnissen führt, die es zusammen mit den übrigen rechtlichen Bedenken unmöglich machen, dem vom BGH beschrittenen Weg zu folgen.

166) Baur aaO.

167) Zu allem Rosenberg, Zivilprozeßrecht, § 30 III

168) WuW 58,695 = WuW/E BGH 247

Hierzu besteht auch keine zwingende Notwendigkeit. Denn eine gesonderte Verhandlung über den kartellrechtlichen Fragenkomplex ist ohne Schwierigkeiten möglich. Sie kann zeitlich im Zusammenhang mit der Erörterung des Hauptprozesses erfolgen und erfordert, abgesehen von dem Antrag nach § 96 Abs. 2 S. 2 GWB, formell nur ein besonderes Sitzungsprotokoll, in dem im Unterschied zum Protokoll des Hauptprozesses gegebenenfalls zusätzlich die Beteiligung des Bundeskartellamtes zu vermerken wäre. Es hat daher auch bei einer Doppelzuständigkeit des erkennenden Gerichts eine förmliche Aussetzung zu erfolgen, da die vom BGH praktizierte Lösung mit der gesetzlichen Regelung nicht vereinbar ist, und in ihren Konsequenzen zu einer verfahrensrechtlichen Unklarheit und Rechtsunsicherheit führt.¹⁶⁹⁾

ee) Besondere Schwierigkeiten bereitet der Aussetzungszwang im Verfahren zwecks Erlaß einer einstweiligen Verfügung. Bejaht man seine Anwendung, so wird die Wirksamkeit des Rechtsinstituts der einstweiligen Verfügung praktisch beeinträchtigt. Verneint man sie, so ergeben sich Bedenken, ob eine derartige Entscheidung mit dem zwingenden Charakter des § 96 Abs. 2 GWB vereinbar ist. Zur Lösung dieses Problems sind von der Rechtsprechung verschiedene Wege beschritten worden, die teilweise erheblich voneinander abweichen.

In ihrer Begründung unhaltbar ist die bereits erwähnte Entscheidung des LG Münster vom 28.1.1959¹⁷⁰⁾, die die Existenz des § 96 Abs. 2 GWB übersieht und daher das vorbezeichnete Problem überhaupt nicht erkennt. Es erübrigt sich deshalb eine nähere Erörterung dieser Entscheidung. Die Gerichtsentscheidungen, in denen das Problem gesehen wird, lassen sich in zwei Gruppen gliedern: Die eine Gruppe bilden die Entscheidungen, in denen der Aussetzungszwang im Verfahren zwecks Erlaß einer einstweiligen Verfügung generell verneint wird,¹⁷¹⁾ die andere diejenigen Entscheidungen, die einen Aussetz-

169) Baur aaO.

170) WuW 59,678 f. = WuW/E LG/AG 134 f.

171) LG Essen, Urt. v. 23.1.59, BB 59,285 f.; LG Bochum, Urt. v. 4.2.59, WuW 59,680 = WuW/E LG/AG 136; OLG Hamm, Urt. v. 30.6.59, WuW 60,201 = WuW/E OLG 295; OLG Düsseldorf, Urt. v. 16.10.59, WuW 60,304 = WuW/E OLG 306; OLG Frankfurt, Urt. v. 17.7.58, WuW 59,365 = WuW/E OLG 269; Urt. v. 31.3.61, WuW 61,555 = WuW/E OLG 391; vgl. hierzu Wildanger, aaO. WuW 60,687; außerdem Koenigs, Wechselwirkungen zwischen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Recht des unlauteren Wettbewerbs, NJW 61,1041, 1046 Anm. 70.

zungszwang hinsichtlich der Beurteilung kartellrechtlicher Fragen grundsätzlich bejahen.¹⁷²⁾

Die Gerichte, die einen Aussetzungszwang generell verneinen, begründen ihre Entscheidung damit, daß die Aussetzung eines Verfahrens zum Erlaß einer einstweiligen Verfügung sinnwidrig wäre und deshalb nach allgemeiner Rechtsüberzeugung nicht gestattet sei.¹⁷³⁾

Im übrigen sei eine Aussetzung auch nicht erforderlich, da im Verfahren zum Erlaß einer einstweiligen Verfügung nur eine vorläufige Regelung getroffen werde, die endgültige Entscheidung aber beim Kartellgericht liege, so daß von einer Umgehung der zwingenden Vorschriften des Kartellverfahrens niemals die Rede sein könne.¹⁷⁴⁾

Gegen die Richtigkeit dieser Begründung ergeben sich jedoch Bedenken.

Zunächst erweist sich der Hinweis auf den vorläufigen Charakter einer einstweiligen Verfügung als wenig überzeugend. Denn die Vorläufigkeit entbindet das entscheidende Gericht nicht von Rechtsausführungen zu den Fragen des Kartellrechts. Dabei ist es unbeachtlich, daß diese Ausführungen in der endgültigen Entscheidung des Kartellgerichts korrigiert werden können. Denn durch die besondere Regelung des Verfahrens in Kartellstreitigkeiten sollte nicht nur den Kartellgerichten die endgültige Entscheidung vorbehalten bleiben, sondern darüberhinaus den Nicht-Kartellgerichten verwehrt werden, irgendwelche Rechtsausführungen zu Fragen des Kartellrechts zu machen. Letzterer Zweck würde jedoch bei Übergehung des § 96 Abs. 2 GWB im Verfahren zum Erlaß einer einstweiligen Verfügung nicht erreicht. Außerdem ist der Hinweis auf die Vorläufigkeit noch aus einem anderen Grunde bedenklich. Denn gerade wegen des vorläufigen Charakters der einstweiligen Verfügung und wegen des kursorischen Verfahrens, das zu ihrem Erlaß führt, ist eine besondere Qualifikation des entscheidenden Gerichts von großer Bedeutung. Das gilt vor allem, wenn eine so komplizierte Rechtsmaterie, wie sie das Kartellrecht darstellt, zur Entscheidung steht. Zwar ist die Möglichkeit einer Korrektur der

172) LG Frankfurt a.M., Urt. v. 13.2.59, BB 59,211

173) OLG Hamm aaO.

174) LG Essen aaO.

einstweiligen Entscheidung durch das endgültige Urteil des Kartellgerichts gegeben, doch ist es weitaus besser und befriedigender, wenn bereits die einstweilige Verfügung rechtlich nicht zu beanstanden ist, so daß eine Korrektur nicht zu erfolgen braucht. Mit dem Hinweis auf die Vorläufigkeit der einstweiligen Verfügung läßt sich daher eine Nichtberücksichtigung des § 96 Abs. 2 GWB im Verfahren zwecks Erlaß einer einstweiligen Verfügung nicht begründen.

Weiterhin trifft es auch nicht zu, daß die Ansicht, die Aussetzung eines Verfahrens zum Erlaß einer einstweiligen Verfügung sei nicht gestattet, allgemeiner Rechtsüberzeugung entspricht. Vielmehr findet sich in der Literatur eine starke Meinung, die grundsätzlich eine Aussetzung im Verfahren zwecks Erlaß einer einstweiligen Verfügung für zulässig hält,¹⁷⁵⁾ und der sich in der Rechtsprechung das LG Köln angeschlossen hat,¹⁷⁶⁾ während das RG in seinem Urteil vom 19.2.1903¹⁷⁷⁾ sich in dieser Frage nicht festgelegt hat.

Die Gegenmeinung, die die Zulässigkeit einer Aussetzung verneint,¹⁷⁸⁾ vertritt ihre Ansicht zum überwiegenden Teil bezüglich der Aussetzungsvorschrift des § 148 ZPO,¹⁷⁹⁾ also zu einer Vorschrift, die die Aussetzung in das Ermessen des erkennenden Gerichts stellt. Dieser Zusammenhang darf nicht außer acht gelassen werden.¹⁸⁰⁾ Denn eine Rechtsansicht, die zu einer Ermessensvorschrift vertreten wird, kann nicht ohne weiteres auf eine zwingende Aussetzungsnorm übertragen werden.¹⁸¹⁾ Es mag durchaus angemessen und richtig sein, dem Eilbedürfnis im Verfahren zwecks Erlaß einer einstweiligen Verfügung grundsätzlich das Übergewicht zu geben gegenüber den Zweckmäßigkeitserwägungen, die eine Aussetzung nach § 148 ZPO ermöglichen,¹⁸²⁾ und dadurch das Ermessen des Gerichts so einzuschränken, daß eine Aussetzung generell nicht in Frage kommt. Es erscheint jedoch fraglich, ob es möglich ist, im Hin-

175) Schönke-Schröder-Niese, aaO., S. 313; Rosenberg, Zivilprozeßrecht, § 124 II 4; Lent, Anm. zum Urt. des LG Stuttgart v. 30.9.53, NJW 54,37; Leo, aaO., GRUR 59,466.

176) Deutsche Rechtsprechung IV 412 65 c.

177) RGZ 54,35.8

178) RG JW 98,48; OLG Königsberg JW 21,178⁹; LG Stuttgart, NJW 54 S. 37; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Anm. II 4 zu § 148; Sydow-Busch, Zivilprozeßordnung, Anm. 6 zu § 148; Wieczorek, Kurzkomentar, Anm. B I c 1 zu § 148; Kellermann, aaO., WuW 58,526.

179) RG aaO.; OLG Königsberg aaO.; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, aaO.; Sydow-Busch, aaO.; Wieczorek, aaO.

180) RG aaO.

blick auf die Eilbedürftigkeit des Verfahrens zum Erlaß einer einstweiligen Verfügung die zwingende Vorschrift des § 96 Abs. 2 GWB auszuschalten und zu umgehen. Man wird davon ausgehen müssen, daß der Charakter des Verfahrens zum Erlaß einer einstweiligen Verfügung grundsätzlich einer Aussetzung nicht entgegensteht. Denn da der Abschnitt 5 des 8. Buches der ZPO besondere Vorschriften über die Aussetzung nicht enthält, finden infolgedessen die allgemeinen Aussetzungsvorschriften auch im Verfahren zwecks Erlaß einer einstweiligen Verfügung Anwendung,¹⁸³⁾ es sei denn, daß im Einzelfall eine Abwägung der Rechtsinteressen eine andere Lösung erfordert.¹⁸⁴⁾ Es ist daher nicht richtig, den Aussetzungszwang nur mit dem Hinweis auf den besonderen Sinn, Zweck und Charakter des Verfahrens zum Erlaß einer einstweiligen Verfügung im Rahmen dieses Verfahrens zu verneinen.¹⁸⁵⁾ Daraus folgt, daß § 96 Abs. 2 GWB auch im Verfahren zwecks Erlaß einer einstweiligen Verfügung zu berücksichtigen ist, es sei denn, daß eine Abwägung der konkurrierenden Rechtsinteressen eine Nichtberücksichtigung des § 96 Abs. 2 GWB geboten erscheinen läßt.

Durch § 96 Abs. 2 GWB soll gewährleistet werden, daß nur die Kartellgerichte zu kartellrechtlichen Fragen Stellung nehmen. Diese Konzentrierung der Kartellrechtsprechung auf bestimmte Gerichte hat zum Zweck, nur besonders qualifizierte Richter mit Fragen des Kartellrechts zu befassen, um eine einheitliche Rechtsprechung zum GWB zu garantieren.¹⁸⁶⁾ § 96 Abs. 2 GWB soll also Rechtseinheit, Rechtssicherheit, Rechtsentwicklung und Qualität der Rechtsprechung auf dem Gebiet des Kartellrechts fördern.¹⁸⁷⁾ Demgegenüber bezweckt das Verfahren zum Erlaß einer einstweiligen Verfügung überwiegend den Schutz individueller Rechtsinteressen. Die einstweilige Verfügung soll eine schnelle Rechtsverfolgung bzw. Sicherung der Rechtsverfolgung ermöglichen. Sie erfüllt damit im

181) Vgl. Stein-Jonas-Schönke-Pohle aaO.

182) Auch das OLG Königsberg aaO. stellt ausdrücklich nur auf § 148 ZPO ab.

183) Vgl. auch LG Frankfurt a.M., Urt. v. 13.2.59, BB 59,211.

184) LG Köln aaO.

185) Ebenso Schönke-Schröder-Niese aaO.; Rosenberg aaO.; Lent aaO.; vgl. auch Stein-Jonas-Schönke-Pohle, aaO., die sich nur auf § 148 ZPO beziehen.

186) Amtliche Begründung des RegEntw. des GWB, Bundestagsdrucksache 1158 der 2. Wahlperiode 1953, Erläuterungen B V 3 a.

187) Vgl. Amtliche Begründung aaO.

Rechtsleben ebenfalls eine wichtige Funktion. Doch wird man bei einer Abwägung der durch § 96 Abs. 2 GWB gesicherten Rechtswerte mit dem durch das Rechtsinstitut der einstweiligen Verfügung umgrenzten Schutzbereich immer den durch § 96 Abs. 2 GWB geschützten Rechtswerten den Vorrang geben vor den Rechtsinteressen, deren Schutz mit dem Rechtsinstitut der einstweiligen Verfügung bezweckt wird. Denn die Gewährleistung von Rechtseinheit, Rechtssicherheit und Qualität der Rechtsprechung ist entscheidend für die Verwirklichung der Rechtsordnung als Ganzes und trägt zu ihr in weit stärkerem Maße bei als das Verfahren zum Erlaß einer einstweiligen Verfügung, dessen Ausschaltung zwar den Einzelnen in seiner Eigenschaft als Individuum empfindlich treffen kann, für das Rechtsganze jedoch nicht von entscheidender Bedeutung ist. Mit dieser Feststellung wird nicht verkannt, daß eine Aussetzung im Verfahren zum Erlaß einer einstweiligen Verfügung den Zweck dieses Verfahrens weitgehend vereitelt und seinen Wert in starkem Maße vermindert. Diese Feststellung besagt vielmehr nur, daß es auf Grund der gesetzlichen Regelung und bei Berücksichtigung der gesamten Rechtslage nicht zulässig ist, die zwingende Vorschrift des § 96 Abs. 2 GWB unter Berufung auf den besonderen Charakter des Verfahrens zum Erlaß einer einstweiligen Verfügung außer acht zu lassen. Als Ergebnis ist damit festzuhalten, daß § 96 Abs. 2 GWB auch im Verfahren zum Erlaß einer einstweiligen Verfügung zu beachten ist.¹⁸⁸⁾

Da unbefriedigende Konsequenz dieses Ergebnisses ist, daß die Beantragung einer einstweiligen Verfügung dann praktisch wertlos und zwecklos ist, wenn ihr Erlaß die Beurteilung kartellrechtlicher Fragen erfordert, hat die Rechtsprechung nach Lösungen gesucht, die mit dem Sinn und Zweck des § 96 Abs. 2 GWB vereinbar sind, aber gleichwohl eine Aussetzung des Verfahrens nicht erforderlich machen. Dabei wird von der Überlegung ausgegangen, daß der Aussetzungszwang nur deswegen besteht, damit den Nicht-Kartellgerichten jede Möglichkeit genommen ist, zu kartellrechtlichen Fragen Rechtsausführungen zu machen. Daraus wird gefolgert, daß eine Aussetzung

188) Ebenso Leo, aaO., GRUR 59,466; LG Frankfurt a.M., Urt. v. 13. 2.59, BB 59,211; vgl. auch OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 17.7. 58, WuW 59,365 = WuW/E OLG 269; LG Bochum, Urt. v. 4.2.59, WuW 59,680 = WuW/E LG/AG 136; a.A. mit abweichender Wertung der Argumente Müller-Henneberg/Tiffert. Rn 9 zu § 96, der jedoch einräumt, daß die von ihm gebilligte Lösung dem strengen Konzentrationsprinzip des GWB nicht entspricht.

dann nicht zu erfolgen braucht, wenn ein Weg gefunden wird, der die begehrte Entscheidung ermöglicht, ohne daß zu den kartellrechtlichen Fragen Stellung genommen wird.

Nach Ansicht des OLG Frankfurt a.M.¹⁸⁹⁾ ist das umschriebene Problem dadurch zu lösen, daß die Antragsgegnerin im Verfahren zum Erlaß einer einstweiligen Verfügung mit solchen Einwendungen auszu-schließen ist, die in einem Hauptprozeß zur Aussetzung nach § 96 Abs. 2 GWB führen müßten. Diese Lösung führt jedoch zu untragbaren Konsequenzen. Denn wie das LG Essen¹⁹⁰⁾ zutreffend ausgeführt hat, handelt es sich bei dem kartellrechtlichen Vorbringen, dem das OLG Frankfurt die Bezeichnung Einwendungen gibt, in Wirklichkeit materiell-rechtlich nicht um Einwendungen, sondern um das Bestreiten von Wirksamkeitsvoraussetzungen für das Inkrafttreten der Preisbindung. Es werden also Voraussetzungen bestritten, die gegeben sein müssen, damit die mit der einstweiligen Verfügung erstrebte Rechtsfolge gerächtfertigt erscheint. Die Entscheidung des OLG Frankfurt besagt daher, daß die materiell-rechtlichen Voraussetzungen einer einstweiligen Verfügung, soweit sie sich nach Kartellrecht beurteilen, nicht bestritten werden können, oder anders, daß die Richtigkeit der kartellrechtlichen Voraussetzungen einer einstweiligen Verfügung zu unterstellen ist. Damit wird dem Antragsgegner jede Möglichkeit genommen, sich gegen den Erlaß einer einstweiligen Verfügung unter Hinweis auf Bestimmungen des GWB zu verteidigen. Es besteht daher die Gefahr, daß dem Antragsgegner mit der einstweiligen Verfügung ein Verhalten abverlangt wird, zu dem er nach Kartellrecht in keiner Weise verpflichtet ist, ohne daß ihm irgendeine Sicherheit gegeben ist, den Schaden, der ihm eventuell durch die einstweilige Verfügung zu Unrecht zugefügt worden ist, ersetzt zu bekommen. Der Hinweis auf die Rechtsmittel der §§ 56 GWB, 927 ZPO befriedigt nicht, da mit ihnen nur entstandenes Unrecht beseitigt, nicht jedoch der Erlaß einer unrichtigen Entscheidung verhindert werden kann. So bleibt dem Antragsgegner nur der Schadensersatzanspruch aus § 945 ZPO, dessen Realisierung oftmals zweifelhaft sein wird, auf jeden Fall aber mit zusätzlichen Mühen und Unkosten verbunden ist. Durch die vom OLG Frankfurt ge-

189) AaO.

190) Urt. v. 23.1.59, BB 59,284; außerdem hierzu Wildanger, aaO., WuW 60,687.

wählte Lösung wird also der Antragsteller einer einstweiligen Verfügung gegenüber dem Antragsgegner derart bevorzugt, daß dies mit der bestehenden Interessenlage unvereinbar ist. Dazu kommt, daß eine derartige Interessenabwägung auch von der Systematik des GWB her nicht gerechtfertigt ist. Denn im GWB herrscht sowohl in § 1 GWB als auch in § 15 GWB das Verbotsprinzip. Wird daher ausnahmsweise ein Kartell oder eine Preisbindung für zulässig erklärt, so hat den Beweis für diese Zulässigkeit derjenige zu führen, der sich auf sie beruft. Daraus folgt, daß demjenigen, der die Nichtigkeit der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung behauptet, die Beweislast für diese seine Behauptung nicht übertragen werden kann. Wenn daher die Möglichkeit erwogen wird, eine Partei mit kartellrechtlichem Vorbringen auszuschließen, so müßte die Partei betroffen werden, die sich auf die Wirksamkeit der Wettbewerbsbeschränkung beruft, da sie insoweit auch beweispflichtig ist. Das wird häufig der Kläger sein. Ist es jedoch der Beklagte, so gilt das Gesagte entsprechend. Eine generelle Regelung dahin, daß nur der Beklagte mit kartellrechtlich relevantem Vorbringen ausgeschlossen ist, ist jedoch mit der Konzeption des GWB nicht vereinbar. Die Lösung des OLG Frankfurt kann deshalb nach allem nicht akzeptiert werden.

Die Lösung, der das OLG Hamm in seinem Urteil vom 30.6.59¹⁹¹⁾ gefolgt ist, enthält im Kern denselben Gedanken, wie die Entscheidung des OLG Frankfurt, doch bemüht sich das OLG Hamm, die Interessen des Antragsgegners stärker zu berücksichtigen.

Auch das OLG Hamm sucht nach einem Weg, der eine Stellungnahme zu den sich ergebenden kartellrechtlichen Fragen erübrigt. Es geht dabei von den §§ 936, 921 ZPO aus, wonach eine einstweilige Verfügung auch dann erlassen werden kann, wenn der Verfügungsanspruch nicht glaubhaft gemacht ist, falls der Antragsteller hinreichende Sicherheit leistet. Das OLG Hamm prüft demnach nur, ob die noch offene Entscheidung der kartellrechtlichen Fragen zugunsten des Antragstellers ausfallen kann und erläßt die einstweilige Verfügung, da es diese Frage bejaht. Die gleichzeitig festgesetzte Sicherheitsleistung soll den Antragsgegner für seinen Schaden decken, falls die einstweilige Verfügung zu Unrecht erlassen

191) WuW 60, 201 f. = WuW/E OLG 295.

worden sein sollte.

Die Entscheidung des OLG Hamm wird den Interessen der Verfahrens-
beteiligten in tragbarer Weise gerecht. Auch die Festsetzung einer
Sicherheitsleistung begegnet entgegen der Kritik v. Gamms¹⁹²⁾ grund-
sätzlich keinen Bedenken. Denn der Antragsgegner beruft sich dar-
auf, daß die Preisbindung deshalb unwirksam sei, weil die Voraus-
setzungen des § 16 Abs. 1 Ziff. 1 GWB nicht vorlägen. Wäre das
tatsächlich der Fall, so wäre die Preisbindung ohne weiteres nach
§ 15 GWB nichtig, ohne daß es einer Entscheidung des Bundeskartell-
amtes nach § 17 GWB bedürfte.¹⁹³⁾ Der Verfügungsanspruch ist des-
halb ohne weiteres nicht glaubhaft gemacht, so daß die Festsetzung
einer Sicherheitsleistung notwendig und gerechtfertigt war.
Allerdings ist die unmittelbare Anwendung der §§ 936, 921 ZPO
nicht ganz bedenkenfrei.¹⁹⁴⁾ Denn eine Glaubhaftmachung ist nach
den §§ 920, 294 ZPO nur bezüglich von Tatsachen möglich.¹⁹⁵⁾ § 921
ZPO gilt daher ebenfalls nur, wenn es dem Antragsteller nicht ge-
lingt, die Tatsachen, aus denen sich sein Anspruch ergeben soll,
glaubhaft zu machen. § 921 ZPO besagt lediglich, daß das Gericht
eine einstweilige Verfügung auch dann erlassen kann, wenn ihm die
vom Antragsteller zur Rechtfertigung der einstweiligen Verfügung
behaupteten Tatsachen nicht glaubhaft gemacht erscheinen. § 921
ZPO stellt demnach eine Beweiserleichterung zugunsten des Antrag-
stellers dar. Er befreit das erkennende Gericht jedoch nicht von
der Pflicht zur Subsumtion der behaupteten Tatsachen unter die in
Betracht kommenden Rechtsnormen. Das Gericht muß sich vielmehr
eine eigene Rechtsüberzeugung bilden und rechtlich Stellung neh-
men. Letztere Verpflichtung will aber gerade das OLG Hamm zur Ver-
meidung des Aussetzungszwanges nach § 96 Abs. 2 GWB unter Berufung
auf die §§ 936, 921 ZPO umgehen. Da das aber, wie dargelegt, nicht
möglich ist, wird die Entscheidung von den §§ 936, 921 ZPO nicht
getragen.

192) Anm. zum genannten Urteil des OLG Hamm, NJW 59, 2020.

193) HM, Müller-Henneberg/Schwartz, Rn 6 zu § 17.

194) Auch andere Ausführungen des OLG Hamm erwecken, wie v. Gamm
aaO. richtig bemerkt, berechtigte Kritik, doch erübrigt sich
eine Erörterung insoweit, da diese Ausführungen mit dem Pro-
blem des Aussetzungszwanges nicht unmittelbar zusammenhän-
gen.

195) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Anm. II zu § 920; ebenso Wildan-
ger, aaO., WuW 60, 687.

Es ließe sich lediglich erwägen, ob nicht unter analoger Anwendung der §§ 936, 921 ZPO aus dem in diesen Vorschriften zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken heraus die Lösung des OLG Hamm zu rechtfertigen wäre. Doch erscheint auch dies bedenklich, da es grundsätzlich nicht angängig ist, daß das erkennende Gericht die Entscheidung einer Frage, auf die es für die Beurteilung des gesamten Rechtsstreits ankommt, dahingestellt sein läßt und umgeht. Eine analoge Anwendung der §§ 936, 921 ZPO ist daher nicht möglich.

Die Entscheidung des OLG Hamm kann daher mit v. Gamm¹⁹⁶⁾ nur als Verlegenheitslösung bezeichnet werden, die zwar vom Ergebnis her im ganzen befriedigen mag, in ihrer Begründung jedoch nicht überzeugt.

d) Aus diesem Überblick über die Lösungsversuche der Rechtsprechung und der im einzelnen geäußerten Kritik ergibt sich, daß die auf Grund der gesetzlichen Regelung schon hinreichend schwierige Rechtslage durch die Rechtsprechung des BGH zur Abgrenzung der Kartellstreitigkeiten zusätzlich kompliziert worden ist. Die vom BGH gewählte enge Abgrenzung erscheint zwar mit dem Wortlaut des Gesetzes vereinbar, erweckt jedoch bereits hinsichtlich des Abgrenzungskriteriums Bedenken. Diese Bedenken verstärken sich bei der Betrachtung der Konsequenzen, die sich aus der Rechtsprechung des BGH ergeben. Diese erweisen sich als untragbar für das Rechtsschutz begehrende Rechtssubjekt. Die Lösungsversuche der Rechtsprechung überwinden zum überwiegenden Teil die Schwierigkeiten nicht und sind in ihrer Begründung teils wenig überzeugend, teils aber auch völlig unhaltbar. Es muß daher eine andere Lösung der Rechtsprobleme gesucht werden, die nicht nur mit dem Gesetz vereinbar ist, sondern auch in ihren Konsequenzen zu Ergebnissen führt, die für alle am Verfahren nach den §§ 87 ff. GWB Beteiligten tragbar und praktikabel sind.

4.

Lösungsversuch der Rechtswissenschaft.

In der Rechtswissenschaft hat nur Völz einen ausführlich begrün-

196) AaO.

deten Versuch zur Lösung der sich aus den §§ 87 ff. GWB ergebenden verfahrensrechtlichen Schwierigkeiten unternommen.¹⁹⁷⁾ Die Vorschläge von Leo¹⁹⁸⁾ haben keine Lösung de lege lata zum Inhalt, sondern streben eine Änderung des Gesetzes an und interessieren daher hier insofern nicht. Auch die Darlegungen Baur¹⁹⁹⁾ zeigen im wesentlichen nur Probleme auf und beschränken sich im übrigen darauf, mögliche Lösungen anzudeuten, ohne jedoch jeweils eine ins einzelne gehende Begründung zu geben. Die einschlägigen Kommentare²⁰⁰⁾ haben sich, soweit sie die Problematik erörtern, sämtlich der Rechtsprechung des BGH angeschlossen.

Die Ausführungen Völps zielen, wie die Überschrift seines Aufsatzes schon andeutet, in erster Linie darauf ab, zu beweisen, daß für die Klagen im Preisschutzprozeß die Kartellgerichte zuständig sind.²⁰¹⁾ In seiner Begründung verweist Völp vor allem auf die Rechtsprechung zu § 51 PatG²⁰²⁾ sowie auf die Konsequenzen, die sich aus dem vom Kartellsenat eingeschlagenen Weg ergeben,²⁰³⁾ und kommt schließlich zu dem Ergebnis, daß Rechtsstreitigkeiten, die sich aus dem GWB ergeben (§ 87 GWB), auch diejenigen sind, bei denen es nur auf die Beantwortung kartellrechtlicher Vorfragen ankommt.²⁰⁴⁾ Die Zuständigkeit der Kartellgerichte zur Entscheidung des gesamten Rechtsstreits soll jedoch nur dann gegeben sein, wenn die Erörterung der kartellrechtlichen Vorfrage bereits im Rahmen der Darlegungen zur Schlüssigkeit der Klage erfolgt, nicht aber dann, wenn der Beklagte zu seiner Verteidigung auf Vorschriften des GWB verweist.²⁰⁵⁾ Dieser von Völp eingeschlagene Lösungsweg ist im Grundsatz als richtig anzusehen, auch wenn seine Begründung in Einzelheiten ergänzungs- und korrekturbedürftig sein mag. Eine Auseinandersetzung mit ihm erfolgt, soweit erforderlich, bei der Darstellung des eigenen Lösungsversuchs.

197) AaO., WuW 59,397 ff.

198) AaO., GRUR 59,463 ff.

199) AaO., ZfP 72,3 ff.

200) Müller-Henneberg/Tiffert, Rn. 5 u. 6 zu § 87; Baumbach-Hefermehl, Rn. 2 zu § 87

201) WuW 59,408; zu dieser Frage auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 1.10.62, WuW 63,355,356 = WuW/E OLG 507,508.

202) WuW 59,399-401.

203) WuW 59,404 f.

204) WuW 59, 401.

205) WuW 59,402.

Eigener Lösungsversuch.

a) Es hat sich gezeigt, daß die vom BGH gewählte Lösung vor allem wegen des Aussetzungszwanges nach § 96 Abs. 2 GWB nur schwer praktikabel ist. Bei einer Alternativlösung ist daher in erster Linie ein Weg zu finden, der den Aussetzungszwang so weit einschränkt, daß sich seine Auswirkungen in erträglichen Grenzen halten.²⁰⁶⁾

Auf einen solchen Weg weist folgende Überlegung:

Bereits oben²⁰⁷⁾ ist dargelegt worden, daß zwischen den Umschreibungen "Entscheidung, die nach dem GWB zu treffen ist," (§ 96 Abs. 2 GWB) und "Rechtsstreitigkeit, die sich aus dem GWB ergibt," (§ 87 Abs. 1 GWB) ein Abhängigkeitsverhältnis besteht, da der Begriff "Entscheidung, die nach dem GWB zu treffen ist," sich danach bestimmt, wie der Begriff "Rechtsstreitigkeit, die sich aus dem GWB ergibt," abgegrenzt und umschrieben wird. Das bedeutet, daß eine "Entscheidung, die nach dem GWB zu treffen ist," und damit der Aussetzungszwang nach § 96 Abs. 2 GWB seltener gegeben sind, wenn der Begriff "Rechtsstreitigkeit, die sich aus dem GWB ergibt," weit gefaßt wird, während eine enge Fassung des letzteren Begriffs den Aussetzungszwang häufiger eintreten läßt. Denn durch eine weite Umschreibung des Begriffs "Rechtsstreitigkeit, die sich aus dem GWB ergibt," wird die Zuständigkeit der Kartellgerichte zur Entscheidung des gesamten Rechtsstreits erhöht und dadurch die Notwendigkeit einer Aussetzung vermindert, während bei einer engen Abgrenzung der "Rechtsstreitigkeit, die sich aus dem GWB ergibt," die Zuständigkeit der Kartellgerichte zur Entscheidung des gesamten Rechtsstreits in geringerem Maße begründet ist, dafür aber dem Aussetzungszwang ein weiterer Anwendungsbereich bleibt. Daher erscheint es richtig, zur Einschränkung des Aussetzungszwanges nach § 96 Abs. 2 GWB als Alternative zu der vom BGH für richtig gehaltenen engen Abgrenzung der "Rechtsstreitigkeiten, die sich aus dem GWB ergeben," eine weite Umschreibung dieser Rechtsstreitigkeiten zu suchen.

b) Diese Lösung setzt voraus, daß einer weiten Auslegung des Begriff

206) Vgl. oben S. 35 ff.

207) S. 9 ff.

der "Rechtsstreitigkeiten, die sich aus dem GWB ergeben," von der gesetzlichen Regelung oder allgemeinen Rechtsgrundsätzen her keine Bedenken entgegenstehen. Bei der Betrachtung der gesetzlichen Regelung ist von § 87 GWB auszugehen. Eine Wortinterpretation dieser Vorschrift ist jedoch unergiebig. Sie läßt sowohl eine enge als auch eine weite Umschreibung des Begriffs der Kartellstreitigkeit zu.²⁰⁸⁾ Sicher ergibt sich eine Rechtsstreitigkeit dann aus dem GWB, wenn die Klage auf eine Anspruchsgrundlage gestützt wird, die im GWB enthalten ist. Von einem "sich ergeben" kann jedoch auch dann gesprochen werden, wenn die zu treffende Entscheidung nur eine Entscheidung von Fragen des Kartellrechts erfordert, das Kartellgesetz also irgendwie als sachliche Entscheidungsgrundlage in Betracht kommt. Denn auch im letzteren Fall hat der Rechtsstreit seine Wurzel im GWB und ergibt sich damit aus diesem Gesetz. Daraus folgt, daß der Wortlaut des § 87 Abs. 1 GWB einer weiten Umschreibung des Begriffs der "Rechtsstreitigkeiten, die sich aus dem GWB ergeben," nicht entgegensteht.²⁰⁹⁾ Auch allgemein gültige Auslegungsregeln zwingen nicht zu einer engen Auslegung. Denn entscheidend für die Abgrenzung einer Rechtsstreitigkeit ist die Rechtsnatur der Rechtsfolge, über die durch Klage oder Widerklage eine rechtskräftige Entscheidung verlangt wird.²¹⁰⁾ Die Rechtsnatur der Rechtsfolge bestimmt sich nach Kriterien, die nach der besonderen Art der jeweils von einander abzugrenzenden Rechtsgebiete zu wählen sind. Eine allgemein gültige Regel besteht insoweit nicht. Insbesondere trifft es, wie bereits ausführlich dargelegt worden ist,²¹¹⁾ nicht zu, daß eine Rechtsstreitigkeit hinsichtlich ihrer Rechtsnatur nur dann einem bestimmten Rechtsgebiet zuzuordnen ist, wenn die Anspruchsnorm, auf die die Klage gestützt wird, diesem Rechtsgebiet entnommen ist. Die Ablehnung letzterer Ansicht führt entgegen der Meinung des BGH²¹²⁾ nicht zu einer für die Praxis untragbaren Unsicherheit, wie bei der Erörterung der für die Umschreibung der Kartellstreitigkeiten zu wählenden Abbegrenzungsgesichtspunkte²¹³⁾ im einzelnen dargelegt wird. Aber nicht nur § 87 Abs. 1

208) Vgl. Baur, aaO., ZZP 72,9

209) Vgl. Völp, aaO., WuW 59,400; Müller-Henneberg/Tiffert, Rn 5 zu § 87; Baur, aaO.

210) Soergel-Siebert, Einleitung zum Allgemeinen Teil des BGB, Anm. 62

211) Oben S. 52 ff.

212) Beschluß vom 9.7.1958, WuW 58,695 = WuW/E BGH 247

213) Unten S. 80 ff.

GWB läßt eine weite Umschreibung der Kartellstreitigkeiten zu, sondern auch bei Berücksichtigung der übrigen Verfahrensvorschriften ergeben sich insoweit keine Bedenken.

§ 88 GWB ist eine reine Zweckmäßigkeitsvorschrift.²¹⁴⁾ Argumente für eine enge Abgrenzung der Kartellstreitigkeiten lassen sich aus ihr nicht entnehmen. Das gilt auch hinsichtlich der Verwendung des Begriffs "Anspruch" in § 88 GWB. Denn Anspruch ist hier prozessual im Sinne von Klagantrag oder Streitgegenstand zu verstehen, nicht jedoch im Sinne von § 194 BGB und besagt daher für eine enge Abgrenzung gar nichts.²¹⁵⁾

Entsprechendes gilt für § 96 Abs. 2 GWB. Diese Bestimmung stellt eine Ergänzungsvorschrift zu den die ausschließliche Zuständigkeit der Kartellgerichte regelnden §§ 87 Abs. 1, 96 Abs. 1 GWB dar. Ihre Funktion besteht darin, zu gewährleisten, daß in jedem Fall Fragen des Kartellrechts nur von den Kartellgerichten entschieden werden. Sie ist also ein gegenüber § 87 Abs. 1 GWB gleichsam verfeinertes Sieb, das auch die Entscheidung derjenigen Rechtsfragen vor die Kartellgerichte bringen soll, für deren Entscheidung die Zuständigkeit der Kartellgerichte gemäß 87 Abs. 1 GWB nicht gegeben ist. § 96 Abs. 2 GWB hat also eine ausgesprochene Hilfsfunktion und soll nur dann eingreifen, wenn § 87 Abs. 1 GWB nicht zum Zuge kommt. Bei dem zwischen den §§ 87 Abs. 1 und 96 Abs. 2 GWB bestehenden Funktionsverhältnis ist es also so, daß die Auslegung und Anwendung des § 96 Abs. 2 GWB von der Auslegung und Anwendung des § 87 Abs. 1 GWB abhängig ist, nicht aber umgekehrt.²¹⁶⁾

§ 96 Abs. 2 GWB ist nur insofern von Bedeutung, als durch ihn eine Auslegung des § 87 Abs. 1 GWB ausgeschlossen wird, die mit der in § 96 Abs. 2 GWB getroffenen Regelung unvereinbar ist. Doch kommt diese Sperrfunktion des § 96 Abs. 2 GWB hier nicht zum Tragen, da eine weite Umschreibung des Begriffs der Kartellstreitigkeit mit dem Aussetzungszwang nach § 96 Abs. 2 GWB ohne weiteres vereinbar ist. Der Hilfscharakter des § 96 Abs. 2 GWB spricht sogar für eine weite Auslegung des Begriffs der Kartellstreitigkeit, da nur dadurch der Anwendungsbereich des § 96 Abs. 2 GWB in den Grenzen gehalten wird, die dem subsidiären Charakter dieser Vorschrift ent-

214) Vgl. Müller-Henneberg/Tiffert, Rn 1 u. 2 zu § 88.

215) S. oben S. 52 ff.

216) Hierzu im einzelnen oben S. 9 ff.

sprechen.

Diese Auslegung der §§ 87 Abs. 1, 88, 96 Abs. 2 GWB ist auch mit dem in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck kommenden Willen der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Instanzen vereinbar.²¹⁷⁾ Im Allgemeinen Überblick über Aufbau und Inhalt des Gesetzes heißt es nämlich:²¹⁸⁾ "Die Rechtsfragen, die sich aus dem Gesetz ergeben, zeichnen sich durch besondere Schwierigkeit aus. Probleme des Zivilrechts verbinden sich mit solchen des Handels- und Gesellschaftsrechts, Fragen des Patentrechts mit denen des unlauteren Wettbewerbs. Zu beachten sind ferner allgemeine Grundsätze des Verwaltungsrechts. Grundlage der Rechtsfindung sind schließlich verwickelte volkswirtschaftliche und betriebswirtschaftliche Tatbestände. Die Entscheidungen sind also einem Gericht zu übertragen, dessen Richter hohes juristisches Können mit besonderem Einfühlungsvermögen in wirtschaftliche Tatbestände verbinden."

Aus dieser Begründung ist zu entnehmen, daß nach Ansicht der Bundesregierung die Zuständigkeit der Kartellgerichte gemäß § 87 Abs. 1 GWB regelmäßig auch dann gegeben sein sollte, wenn zusammen mit Fragen des Kartellrechts Fragen des Handels-, Gesellschafts-, Patent- und Wettbewerbsrechts zu entscheiden sind. Diese Meinung der Bundesregierung spricht für eine weite Umschreibung des Begriffs der Kartellstreitigkeit. Denn die Entscheidung derartig komplexer Rechtsfragen kann von den Kartellgerichten nur dann gefordert sein, wenn ihre Zuständigkeit auch für den Fall gegeben ist, daß gleichzeitig mit den Fragen des Kartellrechts Fragen aus anderen Rechtsgebieten zu entscheiden sind.

Eine weite Zuständigkeit der Kartellgerichte scheint auch der Bundesrat angenommen zu haben, da er die Aussetzungsvorschrift des § 96 Abs. 2 GWB (ehem. § 71 Abs. 2) für überflüssig hielt.²¹⁹⁾ Überflüssig ist diese Vorschrift aber nur, falls die Zuständigkeit der Kartellgerichte bereits nach § 87 Abs. 1 GWB immer dann gegeben ist, wenn die Entscheidung einer kartellrechtlichen Frage erforderlich wird. Daß die Bundesregierung der Streichung der Ausset-

217) Amtliche Begründung des Regierungsentwurfs des GWB, Bundestagsdrucksache 1158, 2. Wahlperiode 1953.

218) AaO., B V 3 a.

219) Änderungsvorschläge des Bundesrates v. 21.5.54, Anlage 2 zu Bundestagsdrucksache 1158, Nr. 63.

zungsvorschrift widersprochen hat,²²⁰⁾ besagt nichts für eine enge oder gegen eine weite Abgrenzung der Kartellstreitigkeit. Denn die Bundesregierung stellt bei ihrem Widerspruch ausschließlich auf die Fälle ab, in denen die Fragen des Kartellrechts lediglich Vorfragen im Hinblick auf die zu treffende Endentscheidung sind. Die Unterscheidung Hauptfrage - Vorfrage ist aber nicht identisch mit dem Problem enge oder weite Abgrenzung. Denn die Abgrenzung Hauptfrage - Vorfrage setzt voraus, daß zuvor geklärt ist, unter welchen Voraussetzungen eine Rechtsstreitigkeit vorliegt, die sich aus dem GWB ergibt. Für letztere Frage ist entscheidend, ob der Begriff der Kartellstreitigkeit eng oder weit umschrieben werden soll. Und erst wenn generell geklärt ist, unter welchen Voraussetzungen eine Rechtsstreitigkeit vorliegt, die sich aus dem GWB ergibt, kann entschieden werden, ob die im konkreten Fall zu entscheidende kartellrechtliche Frage im Hinblick auf die Gesamtentscheidung nur Vorfrage ist. Die Entscheidung, ob es sich um eine Vorfrage handelt, hängt zwar, wie schon dargelegt,²²¹⁾ weitgehend davon ab, wie der Begriff der Kartellstreitigkeit umschrieben wird. Die Umschreibung des Begriffs der Kartellstreitigkeit ist jedoch primär und selbständig zu treffen. Die Stellungnahme der Bundesregierung besagt daher lediglich, daß die Zuständigkeit der Kartellgerichte nach § 87 Abs. 1 GWB nicht gegeben sein soll, wenn die zu entscheidende kartellrechtliche Frage nur Vorfrage ist; aus ihr läßt sich jedoch nichts für die zu treffende Abgrenzung entnehmen.

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, daß der Wortlaut der Zuständigkeitsvorschriften und ihre Stellung im Gesamtgefüge des Gesetzes sowie die Gesetzesmaterialien weder zu einer engen noch zu einer weiten Umschreibung des Begriffs der Kartellstreitigkeiten zwingen. Wortlaut und systematische Stellung bieten daher auch keine Argumente gegen eine enge oder weite Abgrenzungslösung. Demgegenüber spricht jedoch ein Vergleich mit der zu § 51 Abs. 1 PatG bestehenden Rechtsprechung²²²⁾ eindeutig für eine wei-

220) Stellungnahme der Bundesregierung zu den Änderungsvorschlägen des Bundesrates, Anlage 3 zu Bundestagsdrucksache 1158 Nr. 27.

221) Oben S. 10 f.

222) RGZ 170,226; BGHZ 8,16; 14,72.

te Umschreibung der Rechtsstreitigkeiten, die sich aus dem GWB ergeben.²²³⁾ Gegen eine vergleichende Betrachtung des § 51 Abs. 1 PatG ergeben sich keine Bedenken. § 51 Abs. 1 PatG bezweckt ebenso wie § 87 Abs. 1 GWB im Interesse der beteiligten Wirtschaftskreise eine Konzentrierung der Rechtsprechung bei jeweils besonders qualifizierten Gerichten.²²⁴⁾ Sinn und Zweck beider Vorschriften sind also gleich. Auch ihr Gesetzeswortlaut steht einem Vergleich nicht entgegen. Zwar stimmen beide Vorschriften im Wortlaut nicht überein, doch sind die Unterschiede nicht derart, daß sich infolgedessen ein Vergleich verbietet.

Nach § 51 PatG sind die Patentgerichte zuständig, wenn mit der Klage ein Anspruch aus einem der im Patentgesetz geregelten Rechtsverhältnisse geltend gemacht wird, und gemäß § 87 Abs. 1 GWB bestimmt sich die Zuständigkeit der Kartellgerichte danach, ob die Rechtsstreitigkeit sich aus dem Kartellgesetz ergibt. Vergleicht man den Wortlaut dieser beiden Vorschriften miteinander, so erscheint die Feststellung gerechtfertigt, daß die Formulierung des § 51 Abs. 1 PatG enger und bestimmter ist gegenüber der des § 87 Abs. 1 GWB.²²⁵⁾ Das bedeutet, daß § 51 Abs. 1 PatG einer weiten Auslegung weniger zugänglich ist als § 87 Abs. 1 GWB. Wenn aber die Rechtsprechung gleichwohl den Begriff der Patentstreitsache weit ausgelegt hat, so folgt daraus für § 87 Abs. 1 GWB, daß auch der Begriff der Rechtsstreitigkeit, die sich aus dem GWB ergibt, weit ausgelegt werden kann und weit auszulegen ist, zumal auch die regelmäßig gegebene Vielschichtigkeit und enge Verknüpfung²²⁶⁾ der einzelnen Rechtsfragen in Prozessen, in denen Fragen des Kartellrechts zu entscheiden sind, im Interesse aller Beteiligten für eine weite Auslegung des Begriffs der Kartellstreitigkeit sprechen.

Zusammenfassend ist also als Ergebnis dieses Abschnitts festzuhalten:

223) Auf diese Parallele wird auch von Müller-Henneberg/Tiffert, Rn 5 zu § 87 und Völp, aaO., WuW 59,400 f. hingewiesen.

224) Für § 51 Abs. 1 PatG: RGZ 170,229 f., BGHZ 14,79; für § 87 Abs. 1 GWB: Erläuterungen, Bundestagsdrucksache 1158 der 2. Wahlperiode 1953, Allgemeiner Überblick B V 3 a.

225) Ebenso Völp, aaO., WuW 59,400; Müller-Henneberg/Tiffert, Rn 5 zu § 87.

226) Vgl. Erläuterungen zum GWB, Bundestagsdrucksache 1158, Allgemeiner Überblick B V 3 a.

Eine weite Abgrenzung des Begriffs der Rechtsstreitigkeiten, die sich aus dem GWB ergeben, empfiehlt sich im Hinblick auf die ständige Rechtsprechung zu § 51 Abs. 1 PatG, deren Richtigkeit und Zweckmäßigkeit allgemein anerkannt ist.²²⁷⁾ Sie ist mit dem Gesetz vereinbar und findet eine Stütze in den Gesetzesmaterialien.

c) Geht man davon aus, daß grundsätzlich eine weite Umschreibung des Begriffs der "Rechtsstreitigkeit, die sich aus dem GWB ergibt," angemessen, zweckmäßig und sachgerecht ist, so stellt sich die weitere Aufgabe, Richtlinien und Kriterien zu finden, nach denen der Begriff der "Rechtsstreitigkeiten, die sich aus dem GWB ergeben," in einer weiten Umschreibung zu bestimmen ist, und die geeignet sind, diese Rechtsstreitigkeiten von den übrigen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten abzugrenzen.

Die Kartellstreitigkeiten fallen, wie sich aus § 87 Abs. 1 GWB ergibt, unter den Oberbegriff "bürgerliche Rechtsstreitigkeiten". Sie nehmen innerhalb der Gruppe der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten jedoch dadurch eine Sonderstellung ein, daß sie nicht schlechthin bürgerliche Rechtsstreitigkeiten sind, sondern "bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, die sich aus dem GWB ergeben,". Durch diese Relation, und nur durch sie, unterscheiden sich die Kartellstreitigkeiten von den sonstigen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten.²²⁸⁾ Entscheidend für die Feststellung, ob eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit eine Kartellstreitigkeit ist, kann daher nur sein, ob sie sich aus dem GWB ergibt. Es ist daher zu untersuchen, unter welchen Voraussetzungen sich eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit aus dem GWB ergibt.

Grundvoraussetzung ist, daß überhaupt eine rechtliche Beziehung zwischen Rechtsstreitigkeit und GWB besteht. Diese Feststellung ist jedoch zu unbestimmt, so daß zu konkretisieren bleibt, wie die rechtliche Beziehung zwischen Rechtsstreitigkeit und GWB sein muß, damit diese sich aus dem GWB "ergibt".

Einen Schritt weiter führt hier die Rechtsprechung des BGH zu § 51 PatG, nach der eine Patentstreitsache dann anzunehmen ist, wenn

227) Busse, Patentgesetz, Anm. 2 zu § 51; Krausse-Katluhn-Lindenmaier, Das Patentgesetz, Anm. 2 zu § 51; Reimer, Patentgesetz, Anm. 1 zu § 51; Tetzner, Kommentar zum Patentgesetz, Anm. 5 zu § 51.

228) Vgl. Baur, aaO., ZZP 72,8.

der geltend gemachte Anspruch²²⁹⁾ mit einer Erfindung eng verknüpft ist.²³⁰⁾ Auf die Regelung des § 87 Abs. 1 GWB angewandt bedeutet das, daß eine Rechtsstreitigkeit sich immer dann aus dem GWB ergibt, wenn der geltend gemachte Anspruch eng mit dem GWB verknüpft ist. Es darf hier zwar nicht übersehen werden, daß der Anknüpfungspunkt bei den Patentstreitsachen, die Erfindung, im Tatsächlichen liegt, während der Anknüpfungspunkt für die Kartellstreitigkeiten, die Vorschriften des GWB, eine Summe von Normen ist. Dieser Unterschied ist jedoch nicht derart, daß mit Rücksicht auf ihn das GWB als Anknüpfungspunkt bei der Umgrenzung der Kartellstreitigkeiten ausscheiden müßte.

Eine enge Verknüpfung zwischen einer Rechtsstreitigkeit und dem GWB wird man immer dann annehmen müssen, wenn eine Entscheidung über den Anspruch nicht möglich ist, ohne daß eine Entscheidung über Fragen des Kartellrechts zu erfolgen hat. Denn wenn ein Rechtsstreit zu einem Rechtsgebiet eine solche Beziehung hat, daß er ohne eine Entscheidung über Fragen aus diesem Rechtsgebiet nicht entschieden werden kann, ist es gerechtfertigt, von einer engen Verknüpfung dieses Rechtsstreits mit diesem Rechtsgebiet zu sprechen. Mit der ursprünglich vom I. Zivilsenat des BGH vertretenen Auffassung²³¹⁾ ist daher grundsätzlich eine die Zuständigkeit der Kartellgerichte gemäß § 87 Abs. 1 GWB begründende Rechtsstreitigkeit, die sich aus dem GWB ergibt, gegeben, wenn das GWB als sachliche Entscheidungsgrundlage in Betracht kommt. Dieser Grundsatz bedarf allerdings einer Einschränkung und Erläuterung.

Nimmt man nämlich eine Rechtsstreitigkeit, die sich aus dem GWB ergibt, immer dann an, wenn das GWB als sachliche Entscheidungsgrundlage in Betracht kommt, so werden in einer Kartellstreitigkeit häufig neben Fragen des Kartellrechts auch Fragen aus anderen Bereichen des Zivilrechts zu entscheiden sein. Um die Zuständigkeit der Kartellgerichte nicht ins Uferlose auswachsen zu lassen, ist deshalb eine Begrenzung notwendig, die dem Sinn der gesetzlichen Zuständigkeitsregelung entspricht. Es ist daher erforderlich, für die überwiegende Zahl der Fälle, in denen neben Fragen

229) Im prozessualen Sinne.

230) BGHZ 14,78.

231) Vgl. Beschl. des BGH v. 9.7.58, WuW 58,694 = WuW/E BGH 246.

des Kartellrechts auch Fragen aus anderen Bereichen des bürgerlichen Rechts zu entscheiden sind, festzulegen, wann bei einer solchen komplexen Rechtslage noch von einer die Zuständigkeit der Kartellgerichte gemäß § 87 Abs. 1 GWB begründenden Kartellstreitigkeit gesprochen werden kann und wann nicht mehr.

Bei einer Begrenzung ist auszugehen davon, daß es sich bei dem GWB seinem Namen entsprechend um ein Gesetz des Wettbewerbsrechts handelt. Seine materiellen Tatbestände stehen daher insgesamt in engem Zusammenhang mit dem allgemeinen Wettbewerbsrecht. Im einzelnen ergeben sich Verknüpfungen in den §§ 15 ff. GWB zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und zum Verlagsrecht, in § 20 GWB zum Musterschutz- und Patentrecht, in § 21 GWB zum Recht nicht geschützter Erfindungsleistungen. Darüberhinaus weisen einzelne Kartellformen sowie der Abschnitt "Wettbewerbsregeln" weitere Verbindungen zu den übrigen Bereichen des Wettbewerbsrechts auf. Aus allem ergibt sich, daß das GWB eingebettet ist in das System des Wettbewerbsrechts und aus ihm nicht gelöst werden kann.²³²⁾ Das gibt die Berechtigung und Notwendigkeit, falls neben dem GWB noch andere Gesetzesvorschriften wettbewerbsrechtlichen Charakters als Entscheidungsgrundlage in Betracht kommen, die Entscheidung aller Rechtsfragen, d.h. also des gesamten Rechtsstreits, dem für die Entscheidung der kartellrechtlichen Fragen zuständigen Gericht, also dem Kartellgericht, zu übertragen. Denn es wäre wegen der umschriebenen Verflechtungen sinnwidrig und unzumutbar, die Entscheidung der kartellrechtlichen Fragen aus dem wettbewerbsrechtlichen Gesamtkomplex des Rechtsstreits auszuklammern und sie isoliert dem Kartellgericht zu übertragen. Umgekehrt und entsprechend ist jedoch immer dann, wenn zwar auch das GWB als Entscheidungsgrundlage in Betracht kommt, die darüberhinaus zur Entscheidung stehenden Rechtsfragen aber nicht dem Komplex des Wettbewerbsrechts, sondern anderen Bereichen des bürgerlichen Rechts angehören, die Rechtsstreitigkeit sich als Ganzes also nicht dem Wettbewerbsrecht zugehörig darstellt, keine Veranlassung gegeben, die Entscheidung des gesamten Rechtsstreits dem Kartellgericht zu übertragen. Vielmehr muß es hier bei der Zuständigkeit der Nicht-Kar-

²³²⁾ Vgl. auch Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, passim; Koenigs, aaO., NJW 61, 1041 - 1048.

tellgerichte für die endgültige Entscheidung des Rechtsstreits verbleiben mit der Konsequenz, daß hinsichtlich der Entscheidung, die nach dem GWB zu treffen ist, der Aussetzungszwang nach § 96 Abs. 2 GWB eingreift. Denn in derartigen Fällen ist eine Herauslösung der kartellrechtlichen Fragen aus dem zur Entscheidung stehenden Fragenkomplex gerechtfertigt, da die Fragen des Kartellrechts mit den übrigen Gebieten des bürgerlichen Rechts regelmäßig nicht so eng verknüpft sind wie mit dem Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes, so daß ihre isolierte Entscheidung möglich ist und von der Sache her auf keine durchgreifenden Bedenken stößt.

Damit ergibt sich, daß die Zuständigkeit der Kartellgerichte gemäß § 87 Abs. 1 GWB gegeben ist, wenn der Rechtsstreit nicht nur wegen der kartellrechtlichen Fragen, sondern auch bezüglich der übrigen Rechtsfragen dem Wettbewerbsrecht, insbesondere dem Urheberrecht, Verlagsrecht, Musterschutz- Patent- und Warenzeichenrecht, dem Recht nichtgeschützter Erfindungsleistungen, dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb oder dem Rabatt- und Zugabe-recht angehört.²³³⁾ Dieses Ergebnis erscheint mit dem Wortlaut des § 87 Abs. 1 GWB sowie mit seinem Sinn und Zweck vereinbar und wird der besonderen Funktion der Kartellgerichte gerecht. Es steht ebenfalls mit § 96 Abs. 2 GWB in Einklang, da es den Aussetzungszwang nicht völlig erübrigt, ihn jedoch in einer Weise beschränkt, wie es der subsidiäre Charakter dieser Vorschrift erfordert. Auch gegen die Brauchbarkeit und Praktikabilität der gefundenen Abgrenzungskriterien ergeben sich keine Bedenken.²³⁴⁾ Die Anwendung und Berücksichtigung des erstgenannten Abgrenzungskriteriums, daß nämlich für die Entscheidung des Rechtsstreits das GWB als sachliche

233) Vgl. den Geschäftsverteilungsplan des BGH für das Jahr 1961, BA Nr. 8 v. 12.1.61 S. 5 bezüglich der Zuständigkeit des I. Zivilsenats; danach wären beispielsweise für die Entscheidungen OLG Düsseldorf, Urt. v. 20.1.61, WuW 61,422 = WuW/E OLG 380, OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 17.12.59, WuW 61,727 = WuW /E OLG 401, OLG Stuttgart, Urt. v. 2.8.61, WuW 61,877 = WuW /E OLG 407 die Kartellgerichte zuständig gewesen.

234) Die Abgrenzung erfolgt nach formalen Kriterien, da diese den Vorzug größerer Klarheit besitzen. Die Definition des Wettbewerbsrechts, wie sie z.B. Baumbach-Hefermehl, 9. Aufl., Bd. I, Allgemeine Grundlagen Rn 71 bringen: "Der Kreis der Vorschriften, die der Ordnung des Wettbewerbs durch Bekämpfung unlauterer Wettbewerbsmethoden dienen" müßte im einzelnen noch konkretisiert werden.

Entscheidungsgrundlage in Betracht kommt, ist zugleich ein Problem der richtigen Rechtsanwendung. Denn wenn das erkennende Gericht im konkreten Fall eine zutreffende Entscheidung fällen will, so muß es den Streitgegenstand unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten prüfen.²³⁵⁾ Tut es das, so muß es auch feststellen, ob bzw. daß für die Entscheidung des Rechtsstreits das GWB als sachliche Entscheidungsgrundlage in Betracht kommt. Bejaht man nun die Möglichkeit sachgerechter Entscheidungen durch die Gerichte, so muß man auch sagen, daß jedes Gericht in der Lage sein muß, zu erkennen, ob für die zu treffende Entscheidung das GWB als Entscheidungsgrundlage in Betracht kommt, und damit festzustellen, ob eines der beiden Abgrenzungskriterien für den Begriff der Rechtsstreitigkeit, die sich aus dem GWB ergibt, vorliegt. Daraus folgt, daß gegen die Verwendbarkeit dieses Abgrenzungsmerkmals keine Bedenken geltend gemacht werden können.

Es bleibt jedoch noch festzustellen, unter welchen Voraussetzungen gesagt werden kann, daß das GWB als sachliche Entscheidungsgrundlage in Betracht kommt. Als Grundsatz muß hier gelten, daß das GWB immer dann sachliche Entscheidungsgrundlage in einem Rechtsstreit ist, wenn der vorgetragene Sachverhalt unter Berücksichtigung von Vorschriften des GWB zu beurteilen ist. Dabei ist es unerheblich, zu welchem Ergebnis diese Beurteilung führt, ob sich also im konkreten Fall ein Verstoß gegen das GWB erweist oder nicht, und ob die betreffenden Vereinbarungen, die im Prozeß zur Beurteilung stehen, mit den Bestimmungen des GWB im Einklang stehen oder nicht. Immer wenn ein Urteil nicht ohne die Entscheidung kartellrechtlicher Fragen gefällt werden kann, ist das GWB sachliche Entscheidungsgrundlage. Entsprechend ist das GWB nicht sachliche Entscheidungsgrundlage, wenn die Entscheidung kartellrechtlicher Fragen im Hinblick auf die Endentscheidung dahingestellt sein kann. Ebenso erscheint es im Hinblick auf den Sinn der Zuständigkeitsregelung nicht zulässig, das GWB dann als sachliche Entscheidungsgrundlage zu bezeichnen, wenn es lediglich darum geht, ob das GWB überhaupt Anwendung finden kann. Die Notwendigkeit einer Feststellung, daß das GWB gemäß den §§ 99 Abs. 1, 101 GWB keine Anwendung findet, oder daß bestimmte Vereinbarungen gemäß § 106 GWB vom Kartellgesetz nicht berührt werden, macht das GWB nicht zur sachli-

235) Rosenberg, Zivilprozeßrecht, § 130 I 3.

chen Entscheidungsgrundlage für den betreffenden Rechtsstreit. Denn diese Feststellungen setzen kein Eingehen auf Fragen des materiellen Kartellrechts oder des sonstigen Wettbewerbsrechts voraus, sondern erfordern die Beurteilung anderer Rechtsfragen, die sachlich mit dem Wettbewerbsrecht in keinem Zusammenhang stehen. Es besteht daher keine Veranlassung, auch die Entscheidung dieser Rechtsfragen den Kartellgerichten vorzubehalten.

Was die Feststellung des zweiten Abgrenzungskriteriums betrifft, so dürften sich ebenfalls keine Schwierigkeiten ergeben. Denn die Feststellung, ob sich eine Rechtsstreitigkeit aus dem Gebiet des Wettbewerbsrechts ergibt, ist in der oben²³⁶⁾ gegebenen Präzisierung nach dem Geschäftsverteilungsplan des BGH für das 1962²³⁷⁾ auch entscheidend für die Zuständigkeit des I. Zivilsenats gewesen. Diese Zuständigkeitsabgrenzung hat mehrere Jahre hindurch gegolten und sich als praktikabel erwiesen.²³⁸⁾ Nach ihr war die Zuständigkeit des I. Zivilsenats eindeutig zu bestimmen. Es kann daher angenommen werden, daß sie sich auch als Abgrenzungsmerkmal für die Kartellstreitigkeiten bewährt.

Die hier gefundenen Abgrenzungsmerkmale sind also für die Praxis brauchbar.

Schließlich ist festzustellen, daß die gewählte Umschreibung auch in Einklang steht mit der üblichen Unterscheidung von Hauptfrage und Vorfrage. Diese Unterscheidung wird nach wertenden Gesichtspunkten getroffen und besagt, daß eine Rechtsfrage dann Hauptfrage des betreffenden Rechtsstreits ist, wenn ihre Entscheidung den Kern des Urteils bildet. Ist die Rechtsfrage dagegen nur eine unter mehreren gleichrangigen Rechtsfragen, so ist sie regelmäßig als Vorfrage zu bewerten. Eine kartellrechtliche Frage ist demnach Hauptfrage, wenn ihre Entscheidung den Kern des Rechtsstreits bildet. Letztere Voraussetzung ist immer dann anzunehmen, wenn sich das kartellrechtliche Problem im Rahmen einer Wettbewerbsstreitigkeit stellt, da, wie oben dargelegt, in einem solchen Fall die kar-

236) S. 83 f.

237) BA Nr. 12 v. 18.1.1962 S. 3.

238) Geschäftsverteilungspläne für die Jahre 1957 -BA Nr. 19 v. 29.1.57-, 1958 -BA Nr. 13 v. 21.1.58-, 1959 -BA Nr. 10 v. 16.1.59-, 1960 -BA Nr. 7 v. 13.1.60-, 1961 -BA Nr. 8 v. 12.1.61-; die Zuständigkeitsabgrenzung ist inzwischen, wohl aus Gründen des Arbeitsanfalls, in einigen Punkten geändert worden.

tellrechtliche Frage mit den übrigen Fragen des Wettbewerbsrechts so eng verknüpft ist, daß sie zum Kernbereich des Rechtsstreits zu rechnen ist. Ergibt sie sich dagegen in einem Rechtsstreit, der im übrigen nicht wettbewerbsrechtlicher Natur ist, so wird sie in der Regel peripher sein und den Rechtsstreit in seinem Kern nicht berühren. Sie ist dann nur Vorfrage.

d) Bei der Prüfung, ob es sich um eine Rechtsstreitigkeit handelt, die sich aus dem GWB ergibt, ist nach einer in der Rechtsprechung und Literatur häufig gebrauchten Formel ausschließlich auf die Klagebehauptung abzustellen und zu prüfen, ob sich aus den vom Kläger behaupteten Tatsachen ein Anspruch herleiten läßt, der sich aus dem GWB im erörterten Sinne ergibt. Das Vorbringen und die Einwendungen des Beklagten sollen keine Berücksichtigung finden.²³⁹⁾ Die stereotype²⁴⁰⁾ Wiederholung dieser Formulierungen erweckt den Anschein, als handele es sich hier um einen völlig unproblematischen Fragenbereich, der eindeutig und unanfechtbar entschieden ist. Das ist jedoch keineswegs der Fall. In RGZ 77,412 beispielsweise heißt es: "Nun läßt sich keineswegs sagen, daß für die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Rechtswegs grundsätzlich nur das Klagevorbringen maßgebend sei. Es sind Fälle denkbar, in denen das Klagevorbringen die privatrechtliche Natur des erhobenen Anspruchs außer Zweifel zu lassen scheint, und erst das Verteidigungsvorbringen der beklagten Partei ergibt, daß es sich in Wahrheit um einen der Entscheidung durch die ordentlichen Gerichte nicht unterworfenen Anspruch aus dem Gebiete des öffentlichen Rechts handelt. Immer aber bleibt dabei die Natur des Klageanspruchs maßgebend." Und RGZ 75,398 formuliert: "Der mehrfach vertretenen Rechtsanschauung, daß es für die Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges grundsätzlich auf den Inhalt der Klage und nicht auf die Verteidigung der verklagten Partei ankomme, ist nicht ohne wesentliche Einschränkung beizustimmen." Diese Ausführungen des Reichsgerichts werden von Bötticher²⁴¹⁾ in vollem Umfang unterstützt. Schönke-Schröder-

239) BGHZ 14,82; Urt. d. BGH v. 9.7.58, WuW 58,694 f. = WuW/E BGH 246 f.; vgl. auch RGZ 95,270; 129,179; BGHZ 16,275; Müller-Henneberg/Tiffert, Rn 6 zu § 87.

240) Bötticher, Die Zulässigkeit des Rechtsweges und die Inzidentkontrolle der Verwaltungsakte durch die ordentlichen Gerichte, DVBl. 50,324.

241) AaO.

Niese²⁴²⁾ schreiben: "... die tatsächlichen Angaben der Parteien müssen bei zutreffender rechtlicher Würdigung das Vorliegen der zuständigkeitsbegründenden Tatsachen ergeben." Und auch Rosenberg²⁴³⁾ erkennt an, daß die Zuständigkeit für den Anspruch im Streitfalle des Beweises bedarf, wenn sie sich nur aus einer besonderen Beziehung zu dem Gericht oder seinem Bezirk ergibt. Diese Meinung vertritt ebenfalls das Reichsarbeitsgericht,²⁴⁴⁾ wenn es schreibt: "Danach war die Aufhebung des Urteils und die Zurückverweisung der Sache zu erneuter Prüfung geboten. Bei dieser wird das Berufungsgericht nicht ausschließlich die tatsächlichen Behauptungen des Klägers als richtig zugrunde zu legen haben, sondern sich u.a. auch einer Beweisaufnahme nicht entziehen dürfen. Wenn, wie hier, allein die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts in Frage steht und über den streitigen Anspruch selbst überhaupt noch nicht verhandelt worden ist, dieser auch nach der Darstellung des Klägers in keiner Weise von den für die Zuständigkeitsfrage entscheidenden Umständen abhängig ist, kann nicht das tatsächliche Vorbringen des Klägers allein entscheidend sein, auch nicht allein der unstreitige Sachverhalt, vielmehr müssen die tatsächlichen Voraussetzungen, auf denen die besondere Zuständigkeit der Arbeitsgerichte beruht, prozeßgemäß festgestellt werden."

Aus diesen Zitaten und den zum Teil sehr vorsichtigen und auf den konkreten Fall bezogenen Formulierungen der angeführten übrigen Reichsgerichtsentscheidungen ergibt sich, daß es keineswegs einheitliche und gesicherte Rechtsauffassung ist, bei der Prüfung der Zuständigkeit sei generell ausschließlich auf den Vortrag des Klägers abzustellen. Ob diese Regel gleichwohl in einer Vielzahl von Fällen gilt, bedarf hier keiner Entscheidung, sie erscheint jedoch bei der Prüfung der Zuständigkeit der Kartellgerichte nicht anwendbar.

Bei der Entscheidung, inwieweit das Vorbringen des Beklagten für die Beurteilung der Zuständigkeit zu berücksichtigen ist, ist zwischen den verschiedenen Verteidigungsmöglichkeiten des Beklagten zu unterscheiden, da das Ergebnis verschieden sein kann, je nach dem, ob der Beklagte bestreitet oder sich mit Gegenrechten verteidigt.

²⁴²⁾ Zivilprozeßrecht, S. 180.

²⁴³⁾ Zivilprozeßrecht, § 38 I 2 c.

²⁴⁴⁾ RAG 12, 256 f.

Bei einem Bestreiten ergibt sich folgendes:

Ist nach dem Vorbringen des Klägers die Zuständigkeit der Kartellgerichte nicht gegeben, und bestreitet der Beklagte mit Nichtwissen (§ 138 Abs. 4 ZPO), so kann dadurch die Zuständigkeit natürlich nicht geändert werden. Bestreitet der Beklagte jedoch substantiiert, und stellt sich nach den von ihm vorgetragenen Tatsachen die Rechtsstreitigkeit als Kartellstreitigkeit dar, so ist über diese Tatsache Beweis zu erheben.²⁴⁵⁾ Erweist sich das Vorbringen des Beklagten als richtig, so ist damit zugleich auch der Charakter der Rechtsstreitigkeit als Kartellstreitigkeit klargestellt. Das bedeutet, daß die Klage entweder als unzulässig abzuweisen oder auf entsprechenden Antrag an das zuständige Kartellgericht zu verweisen ist (§ 276 ZPO). Entsprechend ist der Fall zu behandeln, wenn der Kläger Tatsachen vorträgt, nach denen der Rechtsstreit eine Kartellstreitigkeit ist, nach dem substantiierten Bestreiten des Beklagten dieses jedoch nicht zutrifft. Auch in diesem Fall muß Beweis erhoben und gegebenenfalls die Klage abgewiesen oder der Rechtsstreit an das zuständige ordentliche Gericht verwiesen werden.

Verteidigt sich der Beklagte mit Gegenrechten, so kann deren Geltendmachung für die Beurteilung des Rechtscharakters der Rechtsstreitigkeit von Bedeutung sein. Es fragt sich jedoch, ob diese Bedeutung derart sein kann, daß sie den Charakter einer Rechtsstreitigkeit verändern und als eine Kartellstreitigkeit erweisen kann. Für den Charakter einer Gegennorm ist typisch, daß ihr Tatbestand genau dieselben Merkmale enthält wie der der Grundnorm, zu der sie in Gegensatz steht, darüberhinaus jedoch noch eines oder einige mehr, die die Gegenwirkung auslösen.²⁴⁶⁾ Zwischen Grundnorm und Gegennorm besteht also ein sehr enger und unlöslicher sachlicher Zusammenhang. Gehört eine Gegennorm dem Kartellrecht an, so folgt aus den vorstehenden Ausführungen, daß zwischen ihr und der Grundnorm ein enger sachlicher und rechtlicher Zusammenhang besteht. Berücksichtigt man diese Verbindung und das bereits gefundene Ergebnis, daß eine Rechtsstreitigkeit, die sich aus dem GWB ergibt, immer dann anzunehmen ist, wenn der Rechtsstreit eine Wettbewerbsstreit-

²⁴⁵⁾ RAG 12,256 f.; Rosenberg, Zivilprozeßrecht, § 38 I 2 c.

²⁴⁶⁾ Rosenberg, Beweislast, S. 103; ders., Zivilprozeßrecht, § 103 II 2.

tigkeit darstellt, die die Beurteilung kartellrechtlicher Fragen erfordert, so ergibt sich daraus die Konsequenz, daß die Rechtsstreitigkeit auch dann den Charakter einer Kartellstreitigkeit bekommt; wenn die von dem Beklagten angeführte Gegennorm das GWB zur sachlichen Entscheidungsgrundlage für den Prozeß macht. Diese Konsequenz hat auch der BGH erkannt.²⁴⁷⁾ Er hat die Auffassung, daß für die Bestimmung der Zuständigkeit auch die Einwendungen des Beklagten zu berücksichtigen seien, aber als falsch abgelehnt, da der Kläger nach dem Gegenstand seines Rechtsbegehrens Klarheit darüber haben müsse, welches Gericht für die Erhebung seiner Klage zuständig sei, und die einmal gegebene Zuständigkeit sich nicht nach den möglicherweise wechselnden Einwendungen des Beklagten ändern könne. Gegen diese Meinung und ihre Begründung ist jedoch darauf hinzuweisen, daß sich zwar die Zuständigkeit nach der Rechtsnatur der geltend gemachten Klage richtet und grundsätzlich nicht nach den Einwendungen des Beklagten, daß die Einwendungen des Beklagten aber Hinweis und entscheidendes Merkmal dafür sein können, welches die Rechtsnatur der Klage ist. Wenn also hier die Meinung vertreten wird, daß auch die Einwendungen des Beklagten bei der Beurteilung der Rechtsnatur der Klage zu berücksichtigen seien, so bedeutet das nicht, daß sich die Zuständigkeit nach den eventuell wechselnden Einwendungen des Beklagten bestimmen soll, sondern daß für die Beurteilung der Rechtsnatur der Klage alle für die Entscheidung dieser Rechtsfrage erheblichen Umstände zu berücksichtigen sind und damit gegebenenfalls auch die Einwendungen des Beklagten.

Als Ergebnis ist nach allem festzuhalten:

Eine die Zuständigkeit der Kartellgerichte gemäß § 87 Abs. 1 GWB begründende Rechtsstreitigkeit, die sich aus dem GWB ergibt, ist dann anzunehmen, wenn der Rechtsstreit nicht nur wegen der kartellrechtlichen Fragen, sondern auch bezüglich der übrigen Rechtsfragen dem Wettbewerbsrecht angehört. Bei der Prüfung, ob das GWB als sachliche Entscheidungsgrundlage in Betracht kommt, ist nicht nur auf die Klagebehauptungen abzustellen, sondern auch auf das entscheidungserhebliche Vorbringen des Beklagten.²⁴⁸⁾

247) Urt. v. 9.7.58, WuW 58,694 f. = WuW/E BGH 246 f.

248) RGZ 25,398; 77,412; RAG 12,256 f.; Rosenberg, Zivilprozeßrecht, § 11 II 3; Schönke-Schröder-Niese, aaO., S. 180; Soergel-Siebert, Einleitung zum Allgemeinen Teil des BGB, Anm. 121; Böttcher, aaO., DVBl. 50,324.

e) Nach allem läßt sich feststellen, daß die vorgeschlagene Lösung mit der gesetzlichen Regelung vereinbar ist und auch mit den allgemeinen Grundsätzen des Verfahrensrechts in Einklang steht. Es ist daher nur noch zu prüfen, zu welchen verfahrensrechtlichen Konsequenzen sie führt.

Da die Pflicht zur Aussetzung gemäß § 96 Abs. 2 GWB weitgehend davon abhängt, in welcher Weise der Begriff der Rechtsstreitigkeit, die sich aus dem GWB ergibt, umschrieben wird, und eine weite Umschreibung dieses Begriffes zu einer Einschränkung des Aussetzungszwanges führt, stellt die hier vorgeschlagene weite Abgrenzung einen Weg dar, die Häufigkeit des Aussetzungszwanges und damit die mit ihm verbundenen Nachteile zu beschränken. Diese Beschränkung erscheint auch wirksam, da infolge der vorgeschlagenen Umschreibung der größte Teil der Rechtsstreitigkeiten, bei denen die Entscheidung kartellrechtlicher Fragen notwendig wird, in die Zuständigkeit der Kartellgerichte fällt, und damit ein Aussetzungszwang nicht mehr in Frage kommt. Dadurch werden vor allem die Schwierigkeiten aus dem Weg geräumt, die der Aussetzungszwang im Verfahren zwecks Erlaß einer einstweiligen Verfügung bereitet. Denn wie ein Blick auf die Rechtsprechung ergibt,²⁴⁹⁾ gehören die Verfahren zum Erlaß einer einstweiligen Verfügung, in denen die Entscheidung kartellrechtlicher Fragen erforderlich wird, sämtlich dem Wettbewerbsrecht an und fallen folglich nach der hier gefundenen Lösung in die Zuständigkeit der Kartellgerichte, so daß eine Aussetzung nicht zu erfolgen braucht.²⁵⁰⁾

249) LG Essen, Urt. v. 23.1.59, BB 59,285 f.; LG Bochum, Urt. v. 4.2.59, WuW 59,679 f. = WuW/E LG/AG 135; LG Münster, Urt. v. 28.1.59, WuW 59,678 f. = WuW/E LG/AG 134; OLG Hamm, Urt. v. 30.6.59, WuW 60,201 ff. = WuW/E OLG 295 ff. = NJW 59,2020; OLG Düsseldorf, Urt. v. 16.10.59, WuW 60,301 ff. = WuW/E OLG 303 ff.

250) Teilweise judiziert der Kartellsenat beim BGH auch nach dieser Lösung: Urt. v. 14.6.63, WuW 64,175 ff. = WuW/E BGH 551 ff. hier handelt es sich um eine auf § 1 UWG gestützte Klage wegen Verletzung einer Preisbindung. Der Kartellsenat hat seine Zuständigkeit nicht verneint. - Daß es sich bei Rechtsstreitigkeiten wegen Verletzung einer Preisbindung dem Wesen nach um kartellrechtliche Klagen handelt, wird auch deutlich aus der Änderungsnovelle der Bundesregierung zum Kartellgesetz, die vorsieht, daß das Bundeskartellamt an Streitigkeiten zur Durchsetzung eines nach § 16 GWB gebundenen Preises zu beteiligen ist: s. hierzu Deringer, Entwurf einer Novelle zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BB 64,706.

Allerdings darf nicht übersehen werden, daß in all den Fällen, in denen nach der Rechtsprechung des BGH eine Aussetzung erfolgen muß, nach der hier vorgeschlagenen Lösung eine Verweisung an das zuständige Kartellgericht zu erfolgen hat. Die Notwendigkeit einer Verweisung kann jedoch vom Kläger weitgehend vermieden werden, wenn er die Klage sogleich bei dem zuständigen Kartellgericht anhängig macht. Ergibt sich der kartellrechtliche Charakter der Rechtsstreitigkeit jedoch erst im Laufe des Verfahrens, so sind die Nachteile, die eine Verweisung mit sich bringt, für die Beteiligten gering und fallen gegenüber den Schwierigkeiten des Aussetzungszwanges nicht ins Gewicht:

Die Verzögerung ist unbedeutend, vor allem wird vermieden, daß der Rechtsstreit sich insgesamt durch möglicherweise sechs Instanzen zieht. Das Kostenrisiko erhöht sich im wesentlichen nicht, da auch nach der Verweisung nur der konkrete Anspruch Streitgegenstand ist. Schließlich ist es auch als Vorteil zu werten, daß nach einer Verweisung die Zuständigkeit endgültig feststeht. Denn nach § 276 Abs. 2 S. 2 ZPO, der auch im Verhältnis der Nicht-Kartellgerichte zu den Kartellgerichten gilt,²⁵¹⁾ ist der Verweisungsbeschluß für das Gericht, an das verwiesen worden ist, bindend. Für den Kläger ergibt sich infolgedessen im Gegensatz zu einer Aussetzung nach § 96 Abs. 2 GWB nicht das Risiko, daß das Kartellgericht die Entscheidung verweigert.

Neben diesen Vorteilen für den Rechtsuchenden bringt eine weite Umschreibung der Rechtsstreitigkeiten, die sich aus dem GWB ergeben, im Ergebnis auch eine Entlastung der Rechtsprechung mit sich. Denn die Einschränkung des Aussetzungszwanges bedeutet eine Einschränkung der Verfahren, da sich die Zwischenentscheidung nach § 96 Abs. 2 GWB weitgehend erübrigt. Für die Kartellgerichte hat das allerdings die Folge, daß sie mit der Entscheidung des gesamten Rechtsstreits und nicht nur mit der Beurteilung der kartellrechtlichen Fragen befaßt werden. Das mag zu einer stärkeren arbeitsmäßigen Belastung der Kartellgerichte führen. Diese erscheint jedoch verhältnismäßig unbedeutend. Denn bei genauer Prüfung dürfte sich erweisen, daß die Kartellgerichte bei der hier vorgeschlagenen weiten Abgrenzung im Vergleich zu der vom BGH gefundenen Lösung nur unwesentlich stärker belastet werden. Es ist nämlich zu

²⁵¹⁾ Baur, aaO., ZZP 72,11; Jungbluth, aaO., DRiZ 60,141.

berücksichtigen, daß auch bei einer isolierten Entscheidung über die kartellrechtliche Frage regelmäßig, vor allem bei einer engen Verknüpfung der Rechtsfragen, der gesamte Prozeßstoff unter allen rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen ist, da eine sachgerechte Entscheidung der kartellrechtlichen Fragen nur in ihrem Zusammenhang mit den übrigen zur Beurteilung stehenden Rechtsfragen erfolgen kann. Daher braucht hier nicht befürchtet zu werden, daß, wie der BGH meint,²⁵²⁾ bei einer weiten Abgrenzung der Rechtsstreitigkeiten, die sich aus dem GWB ergeben, die Kartellgerichte mit der Zeit so überlastet würden, daß sie ihre eigentliche, ihnen vom Gesetzgeber zugewiesene Aufgabe nicht mehr erfüllen können.²⁵³⁾ Diese Befürchtung gilt vor allem nicht für die hier vorgeschlagene Lösung, da nach ihr nicht sämtliche Rechtsstreitigkeiten, in denen eine Frage des Kartellrechts zu entscheiden ist, vor die Kartellgerichte gehören, sondern nur diejenigen, die über die anstehenden kartellrechtlichen Fragen hinaus wettbewerbsrechtlichen Charakter tragen.

Es könnte allerdings eingewendet werden, bei der hier gefundenen Umschreibung der Rechtsstreitigkeiten, die sich aus dem GWB ergeben, werde ein Teil der Wettbewerbsstreitigkeiten dem I. Zivilsenat des BGH entzogen und dem Kartellsenat übertragen und dadurch die Einheitlichkeit der Rechtsprechung zum Wettbewerbsrecht gefährdet. Dieser Einwand ist jedoch wenig überzeugend. Zwar trifft es zu, daß neben dem I. Zivilsenat jetzt auch der Kartellsenat beim BGH Fragen des Wettbewerbsrechts zu entscheiden hat. Diese Konsequenz liegt jedoch in der Natur der Sache, da das Kartellrecht ein Teil des Wettbewerbsrechts und mit diesem eng verknüpft ist. Wenn der Gesetzgeber für Kartellstreitigkeiten eine besondere sachliche Zuständigkeit begründet hat, muß er daher damit einverstanden gewesen sein, daß nicht mehr nur der I. Zivilsenat sondern auch der Kartellsenat mit der Entscheidung von Fragen des Wettbewerbsrechts befaßt wird. Diese Annahme ist auch deshalb berechtigt, weil durch die Aufteilung der Zuständigkeit für Rechtsstreitigkeiten aus dem Wettbewerbsrecht keinerlei Nachteile für die Einheitlichkeit der Rechtsprechung zum Wettbewerbsrecht erwachsen können, da in den Fällen, in denen die Meinung der beiden Senate nicht

252) Beschl. v. 9.7.58, WuW 58,695 = WuW/E BGH 247.

253) Zu diesem Argument auch Möhring, Besprechung von Müller-Hen-
neberg/Schwartz, NJW 59,378.

Übereinstimmt, im Hinblick auf § 136 GVG eine Entscheidung des Großen Zivilsenats herbeizuführen ist, wodurch auf jeden Fall eine einheitliche Rechtsprechung gewährleistet ist. Die Einschaltung des Großen Zivilsenats bietet auch die Chance, daß besonders umstrittene Fragen des Wettbewerbsrechts neu aufgeworfen werden können, und dadurch ein kritisches Überdenken der bisher vertretenen Rechtsansichten bewirkt werden kann.

Nach allem läßt sich daher abschließend sagen, daß die hier vorgeschlagene Lösung sowohl für die Rechtsuchenden als auch für die Rechtsprechung von Vorteil ist, und sich gegen sie von ihren Konsequenzen her keine Bedenken ergeben.

Fünfter Abschnitt:

Der Instanzenzug.

Gemäß § 87 GWB sind für bürgerliche Kartellstreitigkeiten die Landgerichte in erster Instanz ausschließlich zuständig. Und zwar begründet § 87 GWB die Zuständigkeit zunächst nur für Kartellstreitigkeiten, wie sie in dieser Arbeit näher umschrieben worden sind. § 87 GWB wird jedoch ergänzt einmal durch § 96 Abs. 2 GWB, wodurch die Zuständigkeit der Kartellgerichte zur Entscheidung einzelner, den Aussetzungszwang nach § 96 Abs. 2 GWB auslösender kartellrechtlicher Fragen festgelegt wird, und zum anderen durch § 88 GWB, der bei Vorliegen der geforderten Voraussetzungen eine Zusammenhangszuständigkeit der Kartellgerichte begründet.

Wie bereits dargelegt,²⁵⁴⁾ ist jedoch nicht die Zuständigkeit der Landgerichte schlechthin gegeben, sondern die Zuständigkeit speziell der zur Entscheidung von Kartellstreitigkeiten berufenen Spruchkörper, also der Kammern für Handelssachen oder der bei Fehlen einer solchen Kammer bestimmten Kammern.²⁵⁵⁾ Das folgt insbesondere aus der Zentralisierungsvorschrift des § 89 GWB. Denn deren Sinn wird nur dann erreicht, wenn nicht das durch Rechtsverordnung oder Staatsvertrag bestimmte Landgericht allgemein zuständig ist, sondern wenn speziell die Zuständigkeit eines einzigen Spruchkör-

²⁵⁴⁾ Oben S. 6 ff.

²⁵⁵⁾ Vgl. Jungbluth, aaO., DRiZ 60,139.

pers bei diesem Gericht gegeben ist, da nur dann die erstrebte Konzentration mit ihren für die Rechtsprechung erhofften günstigen Konsequenzen gewährleistet werden kann.

In zweiter Instanz entscheiden die bei den Oberlandesgerichten gebildeten Kartellsenate (§ 92 GWB).²⁵⁶⁾ Ihre Zuständigkeit ist dann gegeben, wenn in erster Instanz ein Landgericht entschieden hat, dessen Zuständigkeit gemäß § 87 GWB gegeben war. Da jedoch, wie ausgeführt, in erster Instanz nicht die Zuständigkeit der Landgerichte schlechthin, sondern die der Kartellspruchkörper speziell gegeben ist, setzt die Zuständigkeit der Kartellsenate voraus, daß in erster Instanz ein Kartellspruchkörper erkennbar in seiner Eigenschaft als Kartellspruchkörper entschieden hat.²⁵⁷⁾ Nur wenn das der Fall ist, ist in zweiter Instanz die Zuständigkeit des Kartellsenats beim Oberlandesgericht gegeben. Es ist also ausgeschlossen, daß die Zuständigkeit der Kartellsenate bei den Oberlandesgerichten begründet ist, ohne daß zuvor in erster Instanz bereits ein Kartellspruchkörper entschieden hat. Da es sich bei dem Rechtszug in bürgerlichen Kartellstreitigkeiten um eine besondere sachliche Zuständigkeit handelt, entspricht allein diese Lösung dem für die Instanzenordnung gültigen Grundsatz, daß sich die Zuständigkeit des Rechtsmittelgerichts ausschließlich danach bestimmt, welches Gericht als Eingangsgericht entschieden hat. Gleichzeitig verschafft sie eine klare verfahrensrechtliche Position.²⁵⁸⁾

Zu beachten ist jedoch noch, daß die Zuständigkeit der Kartellspruchkörper nicht nur nach § 87 GWB und, was verfahrensrechtlich insoweit keinen Unterschied macht, nach § 88 GWB, sondern auch nach § 96 Abs. 2 GWB begründet wird. Daraus folgt für den Instanzenzug, daß die Zuständigkeit zur Entscheidung des gesamten Rechtsstreits für die Kartellsenate nur dann gegeben ist, wenn auch der Spruchkörper des Landgerichts nach § 87 GWB zuständig war, eine Beschränkung auf die Beurteilung der kartellrechtlichen Fragen jedoch zu erfolgen hat, wenn die Entscheidung des erstinstanzlichen Spruchkörpers über § 96 Abs. 2 GWB herbeigeführt worden ist.

256) S. oben S. 2.

257) BGH, Urt. v. 11.11.59, JZ 60, 91, 92; Riechert, aaO., ZZP 74, 269; Jungbluth, aaO., DRiZ 60, 141 f.

258) Vgl. Baur, Anm. zum Urt. des BGH v. 11.11.59, JZ 60, 93; Rosenberg, Zivilprozeßrecht, § 30 III; Jungbluth, aaO., DRiZ 60, 141 f.

Entsprechendes gilt für die Zuständigkeit des beim BGH bestehenden Kartellsenats, die im einzelnen § 95 GWB regelt. Zwar läßt der Wortlaut des § 95 Abs. 1 Ziff. 3 lit. a GWB auch eine Auslegung dahin zu, daß die Zuständigkeit des Kartellsenats beim BGH sich abweichend von derjenigen der Kartellsenate bei den Oberlandesgerichten nicht danach bestimme, ob in der Vorinstanz ein Kartellspruchkörper entschieden hatte, sondern lediglich danach, ob sich der Rechtsstreit bei zutreffender rechtlicher Würdigung als Kartellstreitigkeit i.S. der §§ 87, 96 GWB darstellt.²⁵⁹⁾ Gegen die Richtigkeit dieser Ansicht ergeben sich jedoch Bedenken. Der Hinweis auf die Formulierung des Gesetzes wiegt nicht schwer, da die Vorschriften des GWB mit nur geringer Sorgfalt formuliert und redigiert worden sind. Eine Wortinterpretation steht daher immer auf schwachen Füßen. Die von Jungbluth und vom BGH vertretene Auffassung erscheint aber auch deshalb als unrichtig, weil sie zu der bedenklichen Konsequenz führt, daß die ausschließliche sachliche Zuständigkeit nach den §§ 87, 96 GWB für den betreffenden Rechtsstreit erst in der Revisionsinstanz eingreift, nachdem vorher sachlich unzuständige Gerichte entschieden hatten. Es ist daher in Übereinstimmung mit den allgemeinen Grundsätzen der Instanzenordnung die Lösung vorzuziehen, daß der Kartellsenat beim BGH nur dann zuständig ist, wenn auch in den Vorinstanzen Kartellspruchkörper entschieden haben. Haben in den Vorinstanzen Nicht-Kartellgerichte entschieden, obwohl es sich um einen Rechtsstreit i.S. des § 87 Abs. 1 GWB handelte, ist ein Nicht-Kartellsenat des BGH zuständig, der den Rechtsstreit dann gemäß § 276 ZPO an den zuständigen erstinstanzlichen Kartellspruchkörper zu verweisen hat. Der Umfang der Entscheidungsbefugnis des Kartellsenats beim BGH richtet sich wie bei den oberlandesgerichtlichen Kartellsenaten im übrigen danach, ob die Vorinstanzen gemäß § 87 Abs. 1 GWB oder gemäß § 96 Abs. 2 GWB zuständig waren. Nur im ersteren Fall kann der Rechtsstreit in seiner Gesamtheit vor den Kartellsenat beim BGH gelangen, nicht jedoch im zweiten Fall, da die Vorfragenzuständigkeit für den Instanzenzug nicht bestimmend ist.²⁶⁰⁾ Ist die

259) So BGH, Urt. v. 26.10.61, WuW.62,284,286 = WuW/E BGH 442,444; Jungbluth, aaO., DRiZ 60,144; vgl. auch Bock, Anm. in LM Nr. 4 zu § 96 GWB, Bl. 6.

260) Baur, aaO., JZ 60,93, der die abweichende Meinung des Kartellsenats beim BGH ablehnt.

kartellrechtliche Frage nur Vorfrage innerhalb des Rechtsstreits, so muß sich der Kartellsenat beim BGH ebenso wie die anderen vorinstanzlichen Kartellspruchkörper auf ihre Entscheidung beschränken.

Eine Besonderheit weist § 95 GWB jedoch insoweit auf, als er die Zuständigkeit des Kartellsenats beim BGH im Unterschied zur Zuständigkeit der Vorinstanzen abweichend regelt.²⁶¹⁾ Denn § 95 Abs. 1 Ziff. 3 GWB bestimmt die Zuständigkeit des Kartellsenats nur für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, die sich aus dem GWB oder aus Verträgen und Beschlüssen der in den §§ 1 - 8 und 29 GWB bezeichneten Art ergeben, während § 87 Abs. 1 GWB die Zuständigkeit allgemein danach festlegt, ob sich die Rechtsstreitigkeit aus dem GWB oder aus Kartellverträgen und -beschlüssen ergibt. Dieser Unterschied besagt, daß der Kartellsenat beim BGH nicht für Rechtsstreitigkeiten zuständig ist, die sich aus Verträgen und Beschlüssen nach den §§ 99, 100, 102 und 103 GWB ergeben.²⁶²⁾ Er besagt dagegen nicht, daß die Zuständigkeit des Kartellsenats beim BGH im Gegensatz zur Zuständigkeit der Vorinstanzen für eine Entscheidung von Streitigkeiten aus Verträgen nach den §§ 15 ff. GWB generell verschlossen wäre.²⁶³⁾ Insoweit besteht nämlich zwischen der Zuständigkeitsregelung des Kartellsenats beim BGH und derjenigen der Vorinstanzen kein Unterschied. Denn wenn in § 87 Abs. 1 GWB von Kartellverträgen und Kartellbeschlüssen die Rede ist, so sind damit auch nur Verträge und Beschlüsse i.S. der §§ 1, 2 - 8 GWB gemeint, da nur diese Verträge und Beschlüsse Kartellverträge und Kartellbeschlüsse sind, nicht jedoch die wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen nach den §§ 15 ff. GWB. Von der Umschreibung Kartellverträge und -beschlüsse in § 87 Abs. 1 GWB werden also ebenso wie bei § 95 Abs. 1 Ziff. 3 GWB die Verträge nach den §§ 15 ff. GWB nicht erfaßt. Das bedeutet aber nicht, daß für diesen Bereich der Wettbewerbsbeschränkungen die Zuständigkeit der Kartellgerichte nicht gegeben wäre. Denn Rechtsstreitigkeiten, die ihre Rechtsgrundlage in den §§ 15 ff. GWB haben, sind regelmäßig

261) Vgl. hierzu BGH, Beschl. v. 9.7.58, WuW 58,694 = WuW/E BGH 246; Baur, Einige Bemerkungen zum gerichtlichen Verfahren in Kartellsachen, ZZP 72,7.

262) Amtliche Begründung des RegEntw. des GWB, Erläuterungen zu § 63(87), Bundestagsdrucksache 1158 der 2. Wahlperiode 1953, Anm. 1 S. 47; BGH aaO.

263) So jedoch Baur, aaO., ZZP 72,7.

Rechtsstreitigkeiten, die sich aus dem GWB ergeben, so daß aus diesem Grunde sowohl nach § 87 Abs. 1 GWB als auch nach § 95 Abs. 1 Ziff. 3 GWB die Zuständigkeit der Kartellgerichte bzw. des Kartellsenats beim BGH gegeben ist. Die vom Gesetzgeber vorgenommene Zuständigkeitsbeschränkung des Kartellsenats beim BGH ist daher nur von geringer praktischer Bedeutung. Das gilt vor allem auch deshalb, weil Rechtsstreitigkeiten aus den §§ 98 ff. GWB Rechtsstreitigkeiten sein können, die sich aus dem GWB ergeben, so daß dann aus diesem Grunde die Revisionszuständigkeit des Kartellsenats beim BGH gegeben wäre.

Sechster Abschnitt:

Verweisungsprobleme.

I

Verweisung in erster Instanz.

Wie bereits angedeutet,²⁶⁴⁾ wird bei einer weiten Abgrenzung der Rechtsstreitigkeiten, die sich aus dem GWB ergeben, häufiger die Notwendigkeit einer Verweisung des gesamten Rechtsstreits an das zuständige Kartellgericht bestehen.²⁶⁵⁾ Infolge der Eigenartigkeit der gesetzlichen Regelung ergeben sich hier verschiedene Probleme.²⁶⁶⁾ Diese sind je nach der Instanz, in der sich der Rechtsstreit befindet, verschieden.

Stellt sich in erster Instanz heraus, daß für die Entscheidung des gesamten Rechtsstreits die Kartellgerichte zuständig sind, so ist zu unterscheiden, ob die Klage bei einem Gericht erhoben worden ist, das für Kartellsachen überhaupt nicht zuständig ist, oder ob die Klage innerhalb eines für Kartellsachen zuständigen Landgerichts an einen nicht zuständigen Spruchkörper gelangt ist.²⁶⁷⁾

²⁶⁴⁾ Oben S. 91.

²⁶⁵⁾ Es kann auch eine Verweisung vom Kartellgericht an das zuständige Nicht-Kartellgericht nötig werden; diese bringt jedoch keine Schwierigkeiten mit sich und bedarf daher keiner Erörterung.

²⁶⁶⁾ Im einzelnen hierzu Jungbluth, aaO., DRiZ 60,139 ff.; Riechert, aaO., ZZP 74,257 ff.

²⁶⁷⁾ S. Jungbluth, aaO., DRiZ 60,141.

In beiden Fällen stellt sich die Aufgabe, einen Weg zu finden, der es gewährleistet, daß die Rechtsstreitigkeit vor den zu ihrer Entscheidung zuständigen Kartellspruchkörper gelangt.

Als Möglichkeiten bieten sich im letzteren Fall eine formlose Abgabe oder eine Verweisung an die zuständige Kammer an.

Eine formlose Abgabe wäre die einfachste Lösung; sie bereitet aber Schwierigkeiten in den Fällen, in denen der Kartellspruchkörper die Übernahme ablehnt, und die andere Kammer des Gerichts bei ihrer Auffassung verbleibt, daß sie nicht zuständig sei. Doch kann eine Entscheidung des Präsidiums des Landgerichts in derartigen Fällen endgültige Klarheit schaffen.²⁶⁸⁾

Dieser Lösungsweg ist jedoch deshalb nicht gangbar, weil es sich, wie dargelegt,²⁶⁹⁾ bei der Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen als Kartellspruchkörper nicht um eine Zuständigkeit auf Grund der Geschäftsverteilung, sondern um eine besondere ausschließliche sachliche Zuständigkeit handelt. Aus demselben Grunde ist auch eine Verweisung nach den §§ 96 ff. GVG bedenklich, da die Zuständigkeit des Kartellspruchkörpers nicht mit der Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen allgemein gleichgesetzt werden kann, so daß es fraglich erscheint, ob die Vorschriften der §§ 96 ff. GVG auf das Verhältnis der Zivilkammern zu dem Kartellspruchkörper Anwendung finden können. Sie hat auch den Nachteil, daß sie nur erfolgen kann, wenn der nach den §§ 96 Abs. 1, 98 Abs. 1 GVG erforderliche Antrag gestellt wird. Wird der Antrag nicht gestellt, so ist es nach den §§ 96 ff. GVG nicht möglich, den Rechtsstreit vor den zuständigen Kartellspruchkörper zu bringen.²⁷⁰⁾

Jungbluth hat daher vorgeschlagen, aus dem Rechtsgedanken der §§ 97 Abs. 2, 102 GVG in diesem Fall eine Verweisung von Amts wegen an den Kartellspruchkörper zuzulassen.²⁷¹⁾ Diese Lösung ist jedoch nicht möglich. Denn erstens ist sie unvollkommen, da nach § 97 Abs. 2 GVG eine Verweisung nur vor der Verhandlung zur Hauptsache erfolgen darf, eine solche also nicht mehr möglich wäre, wenn sich erst im Laufe des Rechtsstreits herausstellt, daß es sich um eine Kartellstreitigkeit handelt. Und zweitens ist sie mit dem Gesetz nicht vereinbar, da § 98 Abs. 3 GVG ausdrücklich bestimmt, daß die

268) Riechert, aaO., ZZP 74, 259.

269) S. oben S. 4 ff.

270) Vgl. hierzu auch Riechert, aaO., ZZP 74, 258.

271) AaO., DRiZ 60, 142.

Zivilkammer zu einer Verweisung von Amts wegen nicht befugt ist. Dieser erklärte Wille des Gesetzes schließt die entgegengesetzte Analogie aus.²⁷²⁾

Es bleibt daher als letzte Möglichkeit nur eine Verweisung nach § 276 ZPO. Doch können sich auch gegen sie Bedenken ergeben. Denn nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts,²⁷³⁾ der der BGH gefolgt ist,²⁷⁴⁾ ist eine Verweisung von einer Zivilkammer an eine andere Kammer desselben Gerichts nach § 276 ZPO nicht möglich.²⁷⁵⁾ Zur Begründung führt das Reichsgericht an, die Verteilung der Geschäftte unter die Zivilkammern eines und desselben Landgerichts sei eine Angelegenheit des inneren Dienstes und ohne Bedeutung für die Frage der Zuständigkeit des Landgerichts als solchem. Aus dieser Begründung ergibt sich, daß die Entscheidung des Reichsgerichts nur den Fall trifft und nur dann die Anwendung des § 276 ZPO ausschließt, wenn sich die Zuständigkeit der Kammern nach dem Geschäftsverteilungsplan bestimmt. Das ist hier jedoch, wie oben im einzelnen dargelegt worden ist,²⁷⁶⁾ nicht der Fall.²⁷⁷⁾ Bei der Zuständigkeit der Kartellspruchkörper handelt es sich vielmehr um eine ausschließliche sachliche Zuständigkeit, die kraft Gesetzes abschließend geregelt ist, und dem Kartellspruchkörper weitgehend die Stellung eines selbständigen Gerichts verleiht.²⁷⁸⁾ Das aber spricht gerade dafür, § 276 ZPO auch im Verhältnis der Kartellspruchkörper zu den übrigen Spruchkörpern desselben Gerichts anzuwenden. Eine solche Anwendung des § 276 ZPO bedeutet nicht, daß der Kartellspruchkörper damit die Stellung eines Sondergerichts erhält.²⁷⁹⁾ Denn durch eine Verweisung nach § 276 ZPO wird in keiner Weise die Vermutung geschaffen, daß es sich bei dem Gericht, an das verwiesen wird, um ein Sondergericht im Verhältnis zum verweisenden Gericht handelt. § 276 ZPO meint nämlich vielmehr Verweisungen im Bereich der ordentlichen Gerichtsbarkeit, und sein An-

272) Im Ergebnis, allerdings mit anderer Begründung, ebenso Riechert, aaO., ZZP 74, 261.

273) RGZ 119, 384.

274) BGHZ 6, 182.

275) Ebenso Jungbluth, aaO., DRiZ 60, 141.

276) S. 5 ff.

277) Damit sind auch die Bedenken hinfällig, die Riechert von seinem Ausgangspunkt aus zu Recht gegen die Anwendung des § 276 ZPO geltend macht.

278) Jungbluth, aaO., DRiZ 60, 141.

279) So Jungbluth aaO.

wendungsbereich ist erst im Laufe einer Entwicklung ausgedehnt worden auf Verweisungen von ordentlichen Gerichten an besondere Gerichte und umgekehrt.²⁸⁰⁾

Die Anwendung des § 276 ZPO hat allerdings die Konsequenz, daß die bei dem Nicht-Kartellspruchkörper anhängige kartellrechtliche Klage durch Prozeßurteil abzuweisen ist, wenn der Kläger nicht die Verweisung an den Kartellspruchkörper beantragt.²⁸¹⁾ Diese Konsequenz ist jedoch zwangsläufig und erforderlich, wenn man anerkennt, daß die Zuständigkeit der Kartellspruchkörper eine besondere sachliche und ausschließliche ist. Ist das nämlich der Fall, so ist der Nicht-Kartellspruchkörper sachlich nicht zuständig und darf daher zur Sache selbst weder verhandeln noch entscheiden. Es bleibt deshalb für ihn nur die Möglichkeit einer Prozeßabweisung, falls der Kläger den nach § 276 ZPO erforderlichen Antrag nicht stellt.²⁸²⁾

Zu einer Prozeßabweisung wird es jedoch kaum kommen, da der Kläger regelmäßig den Verweisungsantrag stellen wird, um die Prozeßabweisung zu vermeiden und eine endgültige Entscheidung über die Zuständigkeit zu erhalten, so daß sich auch aus diesem Grunde die Anwendung des § 276 ZPO empfiehlt. Nach allem erscheint es daher richtig, in den Fällen, in denen die Kartellstreitigkeit innerhalb eines für Kartellsachen zuständigen Landgerichts an einen nicht zuständigen Spruchkörper gelangt ist, eine formelle Verweisung nach § 276 ZPO zuzulassen und zu fordern.

Ist die Kartellstreitigkeit bei einem Gericht anhängig geworden, das für Kartellsachen überhaupt nicht zuständig ist, so ist, darüber besteht kein Streit,²⁸³⁾ der Rechtsstreit auf Antrag des Klägers, der zur Vermeidung der Klagabweisung gestellt werden muß, gemäß § 276 ZPO zu verweisen. Es fragt sich jedoch, ob diese Verweisung an das für Kartellsachen zuständige Landgericht schlechthin oder an den für Kartellstreitigkeiten speziell zuständigen Spruchkörper erfolgen muß.

Für eine Verweisung an das Landgericht schlechthin ist anzuführen, daß § 276 ZPO nur von einer Verweisung an ein anderes Gericht, nicht aber von einer Verweisung an einen bestimmten Spruchkörper

280) Vgl. hierzu BGHZ 28,349 ff. = JZ 59,539 ff. und die Anmerkung von Pohle zu diesem Urteil, JZ 59,541.

281) Jungbluth, aaO., DRiZ 60,141.

282) Rosenberg, Zivilprozeßrecht, § 38 II.

283) Jungbluth, aaO.

dieses Gerichts spricht.²⁸⁴⁾ Dagegen spricht für eine Verweisung an den Spruchkörper unmittelbar die besondere Zuständigkeitsregelung für Kartellstreitigkeiten, die den Kartellspruchkörpern funktionell nach der Art des ihnen zugewiesenen Tätigkeitsbereichs die Stellung selbständiger Gerichte verleiht. Auch ist nicht die Zuständigkeit des Gerichts, an das verwiesen wird, schlechthin gegeben, zuständig ist vielmehr nur der Kartellspruchkörper, der dem Gericht angegliedert ist. Und die Rechtsstreitigkeit gelangt nur deshalb an das betreffende Landgericht, weil es über einen Spruchkörper verfügt, der zur Entscheidung von bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, die sich aus dem GWB ergeben, berufen ist. Der Kläger kann und muß also eine Verweisung an den Kartellspruchkörper unmittelbar beantragen. Die formelle Berechtigung zu einem solchen Antrag ist dem in § 96 Abs. 2 GVG zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken zu entnehmen, wonach bereits im Verweisungsantrag klarzustellen ist, daß die Streitigkeit nicht an das Gericht, an das verwiesen wird, schlechthin, sondern an einen bestimmten Spruchkörper dieses Gerichts kommen soll.²⁸⁵⁾

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, daß eine Verweisung von einem zur Entscheidung von Kartellstreitigkeiten nicht zuständigen Gericht an den Kartellspruchkörper des zur Entscheidung von Kartellstreitigkeiten bestimmten Landgerichts unmittelbar gemäß § 276 ZPO mit bindender Wirkung erfolgen kann und muß.

II

Verweisung in zweiter Instanz.

Stellt sich erst in zweiter Instanz heraus, daß zur Entscheidung des Rechtsstreits nicht das angegangene Gericht bzw. der angegangene Spruchkörper, sondern das Kartellgericht bzw. der Kartellspruchkörper zuständig ist, so ist zunächst zu prüfen, ob die Einrede der Unzuständigkeit überhaupt noch vorgebracht werden kann. Ein Vorbringen dieser Einrede kann gemäß § 528 S. 2 ZPO ausgeschlossen sein, wenn diese Vorschrift auch für das Verhältnis der

284) Vgl. Stein-Jonas-Schönke-Pohle; Anm. V u. V 3 zu § 276; Rosenberg, Zivilprozeßrecht, § 32 II 2.

285) Vgl. hierzu auch LG Dortmund, Urt. v. 16.10.61, WuW 62,623 = WuW/E LG/AG 189.

Kartellgerichte zu den ordentlichen Gerichten gilt. Aus dem Wortlaut des § 528 S. 2 ZPO läßt sich eine Antwort nicht entnehmen. Da sich jedoch der Geltungsbereich des § 528 S. 2 ZPO auf die sachliche Zuständigkeit bezieht und auch die Zuständigkeit der Kartellgerichte eine Frage der sachlichen Zuständigkeit ist, ergeben sich keine Bedenken, gegebenenfalls die Einrede, nicht das angegangene Gericht, sondern das Kartellgericht sei zuständig, nach § 528 S. 2 ZPO auszuschließen.²⁸⁶⁾

Es ist jedoch zu erwägen, ob nicht in einem solchen Fall wenigstens eine Aussetzung nach § 96 Abs. 2 GWB erfolgen sollte, damit die Entscheidung der kartellrechtlichen Fragen dem zuständigen Kartellgericht vorbehalten bleibt.²⁸⁷⁾ Eine derartige Lösung würde sicher dem mit der Schaffung der ausschließlichen Zuständigkeit der Kartellgerichte verfolgten Zweck entsprechen, doch ergeben sich gegen sie gleichwohl erhebliche Bedenken.

Zunächst erscheint sie mit der Funktion des § 96 Abs. 2 GWB nicht vereinbar. Eine Aussetzung nach § 96 Abs. 2 GWB kann nämlich nur dann erfolgen, wenn eine Verweisung nicht in Frage kommt, der Rechtsstreit sich also nicht als Kartellstreitigkeit erweist.²⁸⁸⁾ Es würde die notwendige Klarheit der Abgrenzung zwischen der Zuständigkeitsregelung nach den §§ 87 Abs. 1, 96 Abs. 1 GWB und dem Aussetzungszwang nach § 96 Abs. 2 GWB verwischt werden, wenn es zugelassen würde, eine Aussetzung auch dort vorzunehmen, wo sich der Rechtsstreit im ganzen als Kartellstreitigkeit darstellt. Es hätte außerdem die Konsequenz, daß der Rechtsstreit im wesentlichen von dem Kartellgericht zu entscheiden wäre, während das aussetzende Gericht nur den Urteilsrahmen zu geben hätte. Die Tätigkeit des aussetzenden Gerichts wäre damit praktisch ein leerer Formalismus, der bewirkt, daß als Urheber der Entscheidung ein Spruchkörper erscheint, der die Entscheidung in ihrem wesentlichen Gehalt überhaupt nicht gefällt hat, ein Ergebnis, das nach Möglichkeit vermieden werden muß.

Schließlich zwingen auch allgemeine Erwägungen nicht zu einer Aussetzung. Denn ein Eingreifen des § 528 S. 2 ZPO hat immer zur Fol-

286) Im Ergebnis ebenso, Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Anm. III zu § 528; für Patentstreitsachen BGHZ 8,16,21.

287) So Jungbluth, aaO., DRiZ 60,142 f.

288) Vgl. oben S. 74.

ge, daß eine möglicherweise ausschließliche sachliche Zuständigkeit keine Beachtung findet. Der Gesetzgeber hat also hier eine Regelung getroffen, die verhindern soll, daß in höherer Instanz ein Urteil nur deswegen aufgehoben wird, weil es von einem sachlich unzuständigen Gericht gefällt worden ist. Daß dabei eine ausschließliche sachliche Zuständigkeit unbeachtet bleibt, wird generell als das kleinere Übel gewertet. Diese Wertung hat auch Gültigkeit für den Fall, daß die ausschließliche Zuständigkeit der Kartellgerichte keine Berücksichtigung finden kann, da sich keine Gesichtspunkte ergeben, die insoweit für eine abweichende Bewertung sprechen. Es hat daher bei der Regelung des § 528 S. 2 ZPO zu verbleiben.²⁸⁹⁾ Für eine direkte oder analoge Anwendung des § 96 Abs. 2 GWB ist kein Raum.

Ist ein Ausschluß der Einrede nicht möglich, der Beklagte also mit ihr zu hören, so können die rechtlichen Konsequenzen wiederum verschieden sein, je nach dem, ob sich der Rechtsstreit bei einem OLG befindet, bei dem ein Kartellsenat errichtet ist, oder bei einem OLG, für das letzteres nicht zutrifft.

Ist der Rechtsstreit bei einem OLG anhängig, das nicht über einen Kartellsenat verfügt, so hat gemäß § 276 ZPO eine Verweisung an das für Kartellstreitigkeiten zuständige Landgericht²⁹⁰⁾ und zwar an den zuständigen Kartellspruchkörper unmittelbar zu erfolgen.²⁹¹⁾ Dasselbe muß jedoch auch dann gelten, wenn dem mit dem Rechtsstreit befaßten OLG ein zur Entscheidung von Kartellstreitigkeiten zuständiger Spruchkörper angehört. Eine Verweisung an diesen Spruchkörper scheidet aus, da seine Zuständigkeit nur gegeben ist, wenn auch in erster Instanz ein Kartellspruchkörper entschieden hat, was in dem hier angenommenen Fall aber gerade nicht zutrifft. Es bleibt daher nur die Verweisung an den zuständigen landgerichtlichen Kartellspruchkörper.²⁹²⁾ Diese Konsequenz ist auch deshalb nicht zu umgehen, weil anderenfalls den Parteien eine Instanz des kartellgerichtlichen Rechtszuges genommen würde, und die Vollständigkeit des Instanzenzuges davon abhinge, ob das OLG, bei dem sich

289) Ebenso BGH, Urt. v. 26.10.61, WuW 62,293,295 = WuW/E BGH 451; Urt. v. 7.6.62, WuW 62,680 ff. = WuW/E BGH 486 ff.; Riechert, aaO., ZZP 74,276.

290) Jungbluth, aaO., DRiZ 60,142.

291) S. oben S. 100 f.

292) Die abweichende Ansicht von Jungbluth, aaO., DRiZ 60,143 f., erscheint nicht haltbar.

der Rechtsstreit als Kartellstreitigkeit erweist, zufällig über einen Kartellsenat verfügt oder nicht.²⁹³⁾

III

Verweisung in dritter Instanz.

Stellt sich die Notwendigkeit einer Verweisung erst in der Revisionsinstanz heraus, so ist unter Berücksichtigung der §§ 566, 528 S. 2 ZPO aus den im Vorstehenden genannten Gründen ebenso zu verfahren, wie in der Berufungsinstanz. Auch in der Revision muß die Verweisung an den zuständigen Kartellspruchkörper des Landgerichts erfolgen, eine Verweisung an den Kartellsenat beim BGH ist also nicht möglich,²⁹⁴⁾ da dessen Zuständigkeit nur gegeben ist, wenn der Rechtsstreit zuvor den vorgeschriebenen Instanzenzug durchlaufen hat.²⁹⁵⁾

Siebter Abschnitt:

Zusammenfassung.

I

Die Zuständigkeit der Kartellgerichte.

Gemäß den §§ 87 Abs. 1, 96 GWB ist für bürgerliche Kartellstreitigkeiten eine besondere ausschließliche sachliche Zuständigkeit im Rahmen des ordentlichen Rechtswegs begründet worden. Diese Zuständigkeit liegt nicht bei den für zuständig erklärten Gerichten schlechthin, sondern bei denjenigen Spruchkörpern dieser Gerichte, die zur Entscheidung von Kartellstreitigkeiten bestimmt und berufen sind; in erster Instanz also bei den Kammern für Handelssachen (§§ 87 Abs. 2 GWB, 93 ff. GVG) oder den als Ersatz für diese be-

293) Die von Riechert, aaO., ZJP 74, 268 ff., aufgezeigten Probleme ergeben sich bei der hier gefundenen Lösung nicht und bedürfen daher keiner Erörterung.

294) Vgl. RGZ 170, 226, 232 und BGHZ 14, 72, 83 für Patentstreitsachen.

295) S. oben S. 94 ff.

stimmten Kammern, und in zweiter und dritter Instanz bei den Kartellsenaten bei den Oberlandesgerichten und beim BGH (§§ 92, 95 GWB).²⁹⁶⁾

Die Zuständigkeit der Kartellspruchkörper ist nach § 87 Abs. 1 GWB gegeben für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, die sich aus dem GWB oder aus Kartellverträgen und aus Kartellbeschlüssen ergeben. Eine Rechtsstreitigkeit ergibt sich dann aus einem Kartellvertrag oder aus einem Kartellbeschuß, wenn sich die Begründetheit der Klage aus den Bestimmungen des Kartellvertrages ergeben oder aus der durch den Kartellbeschuß getroffenen Regelung herleiten soll. Grundlage für eine Rechtsstreitigkeit, die sich aus einem Kartellvertrag oder Kartellbeschuß ergibt, i.S. des § 87 Abs. 1 GWB kann jeder Vertrag oder Beschuß sein, der den Tatbestand des § 1 GWB erfüllt und damit ein Kartellvertrag bzw. Kartellbeschuß im materiellen Sinne ist. Ob der Vertrag gemäß § 1 GWB unwirksam oder nach den §§ 2 - 8 GWB wirksam ist, ist nicht entscheidend.²⁹⁷⁾

Aus dem GWB ergibt sich eine Rechtsstreitigkeit immer dann, wenn für die Entscheidung des Rechtsstreits das GWB als sachliche Entscheidungsgrundlage in Betracht kommt, und der Rechtsstreit nicht nur wegen der kartellrechtlichen Frage, sondern auch bezüglich der übrigen Rechtsfragen dem Wettbewerbsrecht, insbesondere dem Urheberrecht, Verlagsrecht, Musterschutz- Patent- und Warenzeichenrecht, dem Recht nicht geschützter Erfindungsleistungen, dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb oder dem Rabatt- und Zugabe-recht angehört.²⁹⁸⁾

Das GWB kommt als sachliche Entscheidungsgrundlage in Betracht, wenn das Urteil ohne die Entscheidung kartellrechtlicher Fragen nicht gefällt werden kann. Das GWB kann jedoch dann nicht als sachliche Entscheidungsgrundlage bezeichnet werden, wenn lediglich zu beurteilen ist, ob es überhaupt Anwendung findet oder nicht. Bei der Prüfung, ob das GWB als sachliche Entscheidungsgrundlage in Betracht kommt, ist sowohl auf die Klagebehauptungen als auch auf das entscheidungserhebliche Vorbringen des Beklagten abzustellen.²⁹⁹⁾ In erster Instanz sind die Kartellspruchkörper der Landgerichte zuständig. In zweiter und dritter Instanz ist die Zuständigkeit

296) S. 1 f.

297) S. 42 f. und 46.

298) S. 84 f.

299) S. 86 - 89.

der Kartellsenate bei den Oberlandesgerichten und beim BGH gegeben. Die Kartellsenate sind jedoch nur zuständig, wenn auch in der jeweiligen Vorinstanz ein Kartellspruchkörper entschieden hat. Der Umfang der Entscheidungsbefugnis richtet sich in allen Instanzen danach, ob die Zuständigkeit nach § 87 Abs. 1 GWB zur Entscheidung des gesamten Rechtsstreits gegeben ist, oder ob von den Kartellspruchkörpern lediglich gemäß § 96 Abs. 2 GWB eine Entscheidung, die nach dem GWB zu treffen ist, verlangt wird.

Bezüglich der Zuständigkeit des Kartellsenats beim BGH ist zu beachten, daß dieser nur zur Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten, die sich aus dem GWB oder aus Verträgen und Beschlüssen der in den §§ 1 - 8 und 29 GWB bezeichneten Art ergeben, zuständig ist, nicht jedoch zur Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten aus Verträgen und Beschlüssen nach den §§ 99, 100, 102 und 103 GWB.³⁰⁰⁾

Wird eine Verweisung des Rechtsstreits an den zuständigen Kartellspruchkörper erforderlich, so muß sie nach § 276 ZPO an diesen unmittelbar und nicht das Gericht, dem der Kartellspruchkörper angegliedert ist, als solches erfolgen. Eine Verweisung nach § 276 ZPO ist auch dann erforderlich, wenn sich die Notwendigkeit erweist, den Rechtsstreit innerhalb desselben Gerichts von einem nicht zur Entscheidung von Kartellstreitigkeiten berufenen Spruchkörper vor den zuständigen Kartellspruchkörper zu bringen. Eine solche Notwendigkeit kann jedoch nur in erster Instanz bestehen, da die Zuständigkeit der Kartellspruchkörper in höherer Instanz nur gegeben ist, wenn zuvor bereits ein Kartellspruchkörper in der Sache entschieden hat, so daß eine Verweisung immer nur an die erste Instanz, also den zuständigen Kartellspruchkörper beim Landgericht erfolgen kann, nicht aber sogleich an einen Kartellspruchkörper der Rechtsmittelinstanz.³⁰¹⁾

II

Der Aussetzungszwang nach § 96 Abs. 2 GWB.

Gemäß § 96 Abs. 2 GWB greift der Aussetzungszwang ein, wenn die Entscheidung eines Rechtsstreits ganz oder teilweise von einer Entscheidung abhängt, die nach dem GWB zu treffen ist. Um eine solche

³⁰⁰⁾ S. 93 - 97.

³⁰¹⁾ S. 97 - 104.

Entscheidung handelt es sich dann, wenn eine Rechtsfrage unter Berücksichtigung von Vorschriften des GWB zu beurteilen ist, und sich der Rechtsstreit insgesamt nicht als eine Rechtsstreitigkeit darstellt, die sich aus dem GWB ergibt (§ 87 Abs. 1 GWB).³⁰²⁾

Die Aussetzung des Verfahrens hat durch Beschluß zu erfolgen. Ordnet das Gericht die Aussetzung an, so kann der Beschluß mit der einfachen Beschwerde angefochten werden; wird die Aussetzung abgelehnt, ist als Rechtsmittel die sofortige Beschwerde gegeben (§ 252 ZPO). Falls die Voraussetzungen vorliegen, ist außerdem die weitere Beschwerde nach § 568 Abs. 2 ZPO möglich. Das Nicht-Kartellgericht ist nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung an seinen Aussetzungsbeschluß grundsätzlich nicht gebunden (§ 150 ZPO). Eine Anfechtung und eine Aufhebung des Aussetzungsbeschlusses sind jedoch nicht mehr möglich, sobald das Verfahren über die Entscheidung der kartellrechtlichen Frage bei dem Kartellgericht rechts-hängig geworden ist.³⁰³⁾

Nach § 96 Abs. 2 S. 2 GWB kann jeder, der an dem ausgesetzten Rechtsstreit beteiligt ist, die von dem aussetzenden Gericht für erforderlich erachtete Entscheidung bei dem zuständigen Kartellgericht beantragen. Als Beteiligte kommen die Parteien, das Bundeskartellamt und Nebenintervenienten in Betracht. Wird der Antrag von einem Beteiligten, der nicht Partei ist, gestellt, so wirkt er gleichwohl zumindest für eine der Parteien, so daß dadurch auch die Parteien des ausgesetzten Rechtsstreits immer an dem kartellgerichtlichen Verfahren beteiligt sind.³⁰⁴⁾

Das örtlich zuständige Kartellgericht, bei dem die für erforderlich erachtete Entscheidung nach § 96 Abs. 2 S. 2 GWB beantragt wird, ist regelmäßig zum Erlaß dieser Entscheidung verpflichtet und kann sie nur mit der Begründung verweigern, daß die begehrte Entscheidung nicht nach dem GWB zu treffen und daher seine Zuständigkeit nicht gegeben sei. In diesem Fall ist das aussetzende Gericht selbst zur Entscheidung befugt und verpflichtet.³⁰⁵⁾

Trifft das Kartellgericht die beantragte Entscheidung, so ist das aussetzende Gericht an diese in vollem Umfang gebunden, und zwar

302) S. 12 - 15.

303) S. 15 - 17.

304) S. 17 - 19.

305) S. 21 - 25.

erstreckt sich die Bindungswirkung nicht nur auf den Urteilstenor, sondern auch auf die Entscheidungsgründe.³⁰⁶⁾

Der Aussetzungszwang ist auch im Verwaltungsstreitverfahren zu berücksichtigen.³⁰⁷⁾ Dagegen findet § 96 Abs. 2 GWB im Strafprozeß keine Anwendung.³⁰⁸⁾

306) S. 25 - 29.

307) S. 30 - 34.

308) S. 34 - 35.

Lebenslauf

Geboren wurde ich am 19. Juli 1935 in Münster (Westf.) als Sohn des Zahnarztes Joseph Claßen und seiner im Jahre 1962 verstorbenen Ehefrau Maria Claßen geborene Benning. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Am 28. Februar 1955 habe ich am humanistischen Gymnasium Paulinum in Münster (Westf.) die Reifeprüfung bestanden und anschließend in Münster - sechs Semester - und in Freiburg i.Br. - ein Semester, Sommersemester 1956 - Rechtswissenschaft studiert. .

Am 24. Januar 1959 habe ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm die erste, am 27. August 1963 vor dem Landesjustizprüfungsamt in Düsseldorf die zweite juristische Staatsprüfung abgelegt. Ich bin im öffentlichen Dienst tätig.

